

ENTSCHEID  
DER  
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2010/43

Bern, 30. Juli 2010

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin 2

**C.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin 3

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_



**E.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer 4

vertreten durch Herrn Fürsprecher F. \_\_\_\_\_

Herrn **G.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer 5

Frau **H.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin 6

Herrn **I.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer 7

Frau **J.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin 8

Herrn **K.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer 9

alle fünf vertreten durch Herrn Fürsprecher L. \_\_\_\_\_

und

**M.**\_\_\_\_\_  
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt N.\_\_\_\_\_

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, Industriestrasse 2,**  
3602 Thun

**Amt für Wasser und Abfall (AWA), Rechtsdienst, Reiterstrasse 11, 3011 Bern**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun vom 2. März 2010  
(942/2009-0192; Überbauung Schadaugärtnerei Thun)

## **I. Sachverhalt**

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 3. Juli 2009 bei der Stadt Thun ein Baugesuch für folgende Vorhaben ein: „Abbruch der bestehenden nicht schützenswerten Bauten. Erstellung von 7 Neubauten, Ausbau und teilweise Umnutzung von bestehenden Bauten in Wohn- oder Büroräume, neue Anbauten an schützenswerte Gebäude, Innenumbau bei den schützenswerten Bauten. Gesamthaft 78 Wohnungen, 4 Büroräume und ein Gemeinschaftsraum. Unterirdische Einstellhalle (159 PP, wovon 45 als öffentliche PP durch die Stadt Thun übernommen werden). Anpassung des Strassenraums O.\_\_\_\_\_strasse an neue Einstellhallenerschliessung, Car-Halteplatz, Bushaltestelle. 12 neue private PP im Bereich der schützenswerten Hofgruppe. Gestaltung einer öffentlichen Parkanlage.“ Das Bauvorhaben betrifft die Parzelle Thun Grundbuchblatt Nr. P.\_\_\_\_\_. Die Parzelle liegt in der Zone für öffentliche Nutzungen (ZöN), der Zone mit Planungspflicht ZPP J Schadau und dem Ortsbildgebiet O VII „Scherzligen-Schadau“. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen die Beschwerdeführenden Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 2. März 2010 erteilte die Stadt Thun die Baubewilligung.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden 1 und 2 am 30. März 2010 gemeinsam Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen, der Gesamtentscheid sei durch den Hinweis auf ihre Rechtsverwahrung zu

ergänzen. In der Folge gingen bei der BVE vier weitere Beschwerden in dieser Sache ein. Die Beschwerdeführerin 3 beantragt in ihrer Beschwerde vom 6. April 2010, der Gesamtentscheid der Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun vom 2. März sowie der Beschluss des Gemeinderats Thun vom 22. Januar 2010 über den definitiven Verzicht auf den Erlass einer Überbauungsordnung seien aufzuheben und der Beschwerdegegnerin sei für ihr Bauvorhaben der Bauabschlag zu erteilen. Ebenfalls die Aufhebung des Gesamtentscheids beantragt der Beschwerdeführer 4 in seiner Beschwerde vom 6. April 2010. Praktisch identisch sind schliesslich die Beschwerde des Beschwerdeführers 5 und die gemeinsame Beschwerde der Beschwerdeführenden 6 bis 9 vom 6. April 2010. Sie beantragen die Aufhebung des Gesamtbauentscheids und die Erteilung des Bauabschlags. Eventuell sei die Sache zur Einholung eines Gutachtens einer ausserkantonalen Fachstelle an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventuell sei die Baubewilligung nur unter zwei Auflagen zu erteilen, nämlich der Reduktion sämtlicher dreigeschossiger Bauten mit zusätzlicher Attika um ein Geschoss und der grundbuchlichen Sicherstellung des öffentlichen Zuganges auf allen Aussenflächen der projektierten Wohneinheiten.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet<sup>1</sup>, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Das Amt für Wasser und Abfall (AWA) kommt in seiner Stellungnahme vom 22. April 2010 zum Schluss, dass unter Einhaltung der in seinem Amtsbericht formulierten Auflagen das geplante Projekt aus Sicht des Grundwasserschutzes bewilligungsfähig sei. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 11. Mai 2010, von der Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden 1 und 2 sei Kenntnis zu nehmen und zu geben und die Beschwerden der Beschwerdeführenden 3 bis 9 seien abzuweisen. Die Stadt Thun beantragt in ihrer Stellungnahme vom 12. Mai 2010 ebenfalls die Abweisung der Baubeschwerden, die Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden 1 und 2 sei jedoch im Gesamtentscheid nachträglich anzumerken.

4. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

---

<sup>1</sup> Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

## II. Erwägungen

### 1. Eintreten

Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG<sup>2</sup>. Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG<sup>3</sup> innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG in Verbindung mit Art. 40 Abs. 2 BauG). Die beschwerdeführenden Einsprecher sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert, ihre Legitimation ist unbestritten. Auf die form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden wird deshalb eingetreten.

### 2. Rechtsverwahrung

Die Beschwerdeführenden 1 und 2 machen geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen, einen Hinweis auf ihre Rechtsverwahrung in den angefochtenen Entscheid aufzunehmen. Die Stadt Thun räumt in ihrer Stellungnahme ein, dass die als Einsprache titulierte Eingabe der Beschwerdeführenden 1 und 2 vom 25. August 2009 irrtümlich nicht als Rechtsverwahrung in den Gesamtentscheid aufgenommen worden sei. Deshalb sei im Rahmen des laufenden Beschwerdeverfahrens die Rechtsverwahrung nachträglich anzumerken. Die Beschwerdegegnerin beantragt ebenfalls, von der Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden 1 und 2 sei Kenntnis zu nehmen und zu geben. Somit ist unbestritten, dass die Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden 1 und 2 vergessen ging und im angefochtenen Entscheid hätte angemerkt werden müssen.

---

<sup>2</sup> Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

<sup>3</sup> Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

### 3. Koordinationspflicht

a) Die Beschwerdeführerin 3 rügt, die Vorinstanz habe die Vorgaben des Koordinationsgesetzes verletzt. Sie habe es unterlassen, das Baubewilligungsverfahren mit dem Konzessionsverfahren für die Grundwasserentnahme der Wärmepumpen-Anlage zu koordinieren. Die Anlage sei Bestandteil des Bauvorhabens, weshalb in dieser Hinsicht ein Koordinationsbedarf bestehe.

Die Beschwerdegegnerin macht dazu in ihrer Beschwerdeantwort geltend, das Konzessionsgesuch für die Nutzung des Grundwassers werde erst nach rechtskräftig erteilter Baubewilligung gestellt und werde somit in einem eigenständigen Verfahren zu beurteilen sein. Für eine Koordination im Sinne des Koordinationsgesetzes sei kein Platz. Die für eine Konzessionserteilung nötigen Abklärungen inklusive Pumpversuche würden in einem späteren Zeitpunkt erfolgen und im hydrologischen Bericht beschrieben, welcher dem Konzessionsgesuch beizulegen sein werde.

Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme vom 12. Mai 2010 dazu aus, das Konzessionsverfahren für die Grundwasserentnahme sei gemäss Abklärung mit dem Amt für Wasser und Abfall des Kantons Bern (AWA) für die zweite Baueingabe noch nicht durchgeführt worden. Dieses Verfahren könne aber durchaus ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens durchgeführt werden.

b) Gemäss dem geologischen Gutachten vom 30. Juni 2009 zur zweiten Baueingabe sieht das Energiekonzept vor, die Überbauung mittels Wärmepumpe zu heizen, wobei voraussichtlich eine Förderung von bis zu 1'000 l/m Grundwasser notwendig sei. Dementsprechend ist im Baugesuchsformular 2.0, Technik, eine Grundwasserwärmepumpe mit ca. 400 kW Nennheizleistung vorgesehen.

Das Grundwasser gilt hinsichtlich der Nutzung als öffentliches Wasser. Die Nutzung des öffentlichen Wassers ist ein Regalrecht des Kantons und bedarf einer Konzession (Art. 2 und 3 WNG<sup>4</sup>). Erfordern Bauten von mehreren Behörden Bewilligungen und Konzessionen, werden die Verfahren von der Leitbehörde im Leitverfahren koordiniert, soweit die

---

<sup>4</sup> Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 (WNG; BSG 752.41)

besondere Gesetzgebung die Anwendung dieses Gesetzes nicht ausdrücklich ausschliesst (Art. 1 Abs. 1 KoG). Daraus ist zu schliessen, dass das Konzessionsverfahren nicht ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens durchgeführt werden kann, sondern die Wärmepumpenkonzession im koordinierten Verfahren eingeholt werden muss. Leitverfahren bleibt das Baubewilligungsverfahren, der Hauptzweck des Vorhabens bedingt keine Erteilung der Konzession (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. a KoG).

Diese Koordinationspflicht gilt hier umso mehr, als die Baubewilligung von der Konzession abhängig ist. Neubauten müssen so erstellt und ausgerüstet werden, dass höchstens 80 Prozent des zulässigen Wärmebedarfs für Heizung und Warmwasser mit nicht erneuerbaren Energien gedeckt werden (Art. 17 Abs. 1 KEnV<sup>5</sup>). Die Anforderungen nach Art. 17 KEnV können durch die fachgerechte Ausführung einer der Standardlösungen gemäss Anhang 8 KEnV erfüllt werden (Art. 17b KEnV). Gemäss Anhang 8 KEnV, Standardlösung 6, gilt die Anforderung als erbracht, wenn eine Wärmepumpe fachgerecht ausgeführt wird. Laut dem energietechnischen Massnahmenachweis (EMN) für das Bauvorhaben wird der Verbrauch an nicht erneuerbarer Energie durch Standardlösung 6 um mindestens 20 Prozent reduziert. Mit anderen Worten: Die Wärmepumpe ist Bestandteil des energietechnischen Massnahmenachweises und die entsprechende Konzession folglich Voraussetzung für die Baubewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens.

c) Diese Rüge der Beschwerdeführerin 3 erweist sich somit als berechtigt. Der angefochtene Gesamtentscheid ist aufgrund der fehlenden Wärmepumpenkonzession mangelhaft. Das Konzessionsverfahren hätte zusammen mit dem Baubewilligungsverfahren koordiniert werden müssen. Ohne das Vorliegen dieser Konzession – oder zumindest einer entsprechenden Zusicherung – kann hier auch die Baubewilligung nicht erteilt werden.

#### 4. Zuständige Baubewilligungsbehörde

a) Die Beschwerdeführerin 3 macht geltend, dass das Bauvorhaben auch kommunalen Zwecken diene und das Baugesuch deshalb nicht von der Stadt Thun hätte beurteilt werden dürfen, sondern an das Regierungsstatthalteramt Thun hätte weitergeleitet werden

---

<sup>5</sup> Kantonale Energieverordnung 13. Januar 2003 (KEnV; 741.111)

müssen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin ist diese Rüge nicht verspätet: Zum Zeitpunkt, als die Stadt Thun mittels Leitverfügung vom 30. Juli 2009 ihre Zuständigkeit festgestellt hat, war die Beschwerdeführerin 3 noch nicht am Verfahren beteiligt und diese hatte deshalb keine Möglichkeit, die Leitverfügung anzufechten. In ihrer Einsprache vom 31. August 2009 hat die Beschwerdeführerin 3 die Rüge der fehlenden Zuständigkeit jedoch von Anfang an vorgebracht.

b) Gemäss Art. 8 Abs. 2 BewD<sup>6</sup> ist der Regierungsstatthalter in jedem Fall zuständig für Bauvorhaben, die für Zwecke der Gemeinde bestimmt sind. Diese Bestimmung ist weit auszulegen und ist stets dann anwendbar, wenn die Gemeinde am Vorhaben ein so starkes Interesse hat, dass ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheint.<sup>7</sup>

c) Im vorliegenden Baubewilligungsverfahren beabsichtigt ein Privater eine Wohnüberbauung auf einem Grundstück zu realisieren, welches dem Kanton Bern gehört. Insofern ist das Bauvorhaben grundsätzlich nicht für Zwecke der Gemeinde bestimmt. Die Beschwerdeführerin 3 macht jedoch geltend, dass unter anderem die Erstellung einer unterirdischen Einstellhalle mit 45 öffentlichen Parkplätzen sowie die Umgestaltung der O.\_\_\_\_\_strasse (öffentliche Haltestelle und Car-Haltebucht) zur Diskussion stünden.

Gemäss der Vereinbarung zwischen dem Kanton Bern und der Stadt Thun vom 26. Januar 2007 (Vorakten Mappe 1 pag. 237 ff.) beabsichtigt der Kanton, eine zukünftige Käuferschaft der Parzelle Nr. P.\_\_\_\_\_ zu verpflichten, zwei Infrastrukturbauten auf dieser Parzelle zu bauen und Land für eine dritte Infrastrukturbaute zur Verfügung zu stellen. Erstens sind von einer Käuferschaft bis zu 45 öffentliche Parkplätze für die Stadt Thun zu erstellen. Zweitens ist von einer Käuferschaft ein Carwartebereich auf der Parzelle auszuscheiden und zu bauen. Schliesslich ist drittens von einer Käuferschaft für das Buswartehaus der benötigte Platz zur Verfügung zu stellen. Die Stadt Thun ihrerseits beabsichtigt gemäss der Vereinbarung, diese Infrastrukturbauten respektive das entsprechende Land von einer zukünftigen Käuferschaft entweder durch Kauf, im Baurecht oder in längerjähriger Miete zu übernehmen. Die entsprechenden Details sollen in einer noch zu erstellenden Vereinbarung zwischen der Stadt Thun und der zukünftigen Käuferschaft geregelt werden.

---

<sup>6</sup> Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

<sup>7</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band I, Bern 2007, Art. 33 N. 3

d) Sofern die Käuferschaft das Buswartehaus für die Stadt Thun nicht baut, sondern dafür bloss den benötigten Platz zur Verfügung stellen soll, lässt dies die Unbefangenheit der Stadt nicht als gefährdet erscheinen: Mit dem Bauvorhaben wird insoweit nichts realisiert, woran die Stadt ein eigenes Interesse hat. Im Übrigen ist dies kein baubewilligungspflichtiger Sachverhalt.

Dies gilt jedoch nicht für die öffentlichen Parkplätze und den Carwartebereich. Beides sind baubewilligungspflichtige Vorhaben, die für Zwecke der Gemeinde bestimmt sind – für eine Einstellhalle ergibt sich die Baubewilligungspflicht aus Art. 1a BauG, für den Carwartebereich (Umgestaltung einer Gemeindestrasse) aus Art. 43 Abs. 2 SG<sup>8</sup> und Art. 23 Bst. d SV<sup>9</sup>. Würde die Stadt die Parkplätze und den Carwertebereich selber bauen, wäre gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BewD zweifellos der Regierungstatthalter für das entsprechende Baugesuch zuständig. Dass die Stadt diese Bauten nun nicht selber ausführt, sondern von einem Privaten bauen lässt und sie anschliessend übernimmt, vermag keinen Unterschied zu machen – so oder so entscheidet sie letztlich in eigener Sache und erscheint deshalb als befangen.

Keine Rolle spielt, dass die 45 Parkplätze in der Einstellhalle bloss bereits bestehende Parkplätze ersetzen sollen. Ist ein Bauvorhaben (auch) für Zwecke der Gemeinde bestimmt, ist es unerheblich, ob mit dem Bauvorhaben eine neue öffentliche Aufgabe erfüllt werden soll oder ob das Bauvorhaben einen bereits bestehenden Bau mit öffentlichem Zweck ersetzt.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Unbefangenheit hier wegen Geringfügigkeit der fraglichen Bauten nicht als gefährdet erscheint: Im Vergleich mit dem gesamten Bauvorhaben sind die Bauvorhaben, die für Zwecke der Gemeinde bestimmt sind, von klar untergeordneter Bedeutung. Ob es bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BewD überhaupt eine solche Grenze wegen Geringfügigkeit gibt, kann hier offen gelassen werden. Dies könnte allenfalls für den Carwartebereich diskutiert werden. Bei diesem handelt es sich um eine Kleinbaute. Die Befürchtung, dass die Stadt deswegen das gesamte Bauvorhaben nicht mehr unbefangen beurteilen könnte, scheint fraglich. Von der Einstellhalle lässt sich dies aber nicht mehr sagen und selbst wenn bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BewD

---

<sup>8</sup> Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

<sup>9</sup> Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1)



eine Geringfügigkeitsgrenze existieren würde, wäre sie damit jedenfalls überschritten. Die Einstellhalle enthält zwar überwiegend private Parkplätze und dient zu weniger als einem Drittel der Stadt Thun. Dennoch handelt es sich bei 45 öffentlichen Parkplätzen in einer Einstellhalle offensichtlich nicht mehr um eine Kleinigkeit. Die Stadt hat an diesen Parkplätzen ein erhebliches eigenes Interesse, welches ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheinen lässt. Deshalb hat, auch wenn nur ein kleinerer Teil des Bauvorhabens für Zwecke der Gemeinde bestimmt ist, darüber gemäss Art. 8 Abs. 2 BewD der Regierungsstatthalter zu befinden. Ansonsten würde die Gemeinde, wenn auch nur hinsichtlich des kleineren Teils des gesamten Bauvorhabens, in eigener Sache entscheiden. Dies wollte der Gesetzgeber verhindern.

Dass die Stadt Thun an der Überbauung ein eigenes Interesse hat, belegt die Vereinbarung zwischen dem Kanton Bern und der Stadt Thun vom 26. Januar 2007: Für die Stadt Thun ist offensichtlich sehr wichtig, dass die heute bereits bestehenden Parkplätze auf der Bauparzelle auch nach einer Überbauung des Grundstücks erhalten bleiben, und dass auch in Zukunft Reisedeckungsautos die Möglichkeit haben, ihre Fahrgäste in der Nähe der Scherzligkirche und des Schadauparks ein- und aussteigen zu lassen. Hätte sie daran kein erhebliches Interesse, hätte sie keine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen.

Zwar könnte man argumentieren, durch den Abschluss dieser Vereinbarung mit dem Kanton sei das Interesse der Stadt Thun am Erhalt der öffentlichen Parkplätze gesichert und sie habe deshalb am konkreten Bauvorhaben kein Interesse mehr. Deshalb könne kein Anschein von Befangenheit mehr erweckt werden. Dem ist aber nicht so: Die Vereinbarung ist keine Garantie dafür, dass tatsächlich ein Bauvorhaben realisiert wird, welches die Interessen der Stadt berücksichtigt. In einem Baubewilligungsverfahren wird nur geprüft, ob ein Bauvorhaben den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften und den nach anderen Gesetzen zu prüfenden Vorschriften entspricht, ob es die öffentliche Ordnung nicht gefährdet und ob ihm keine Hindernisse der Planung entgegenstehen (Art. 2 Abs. 1 BauG). Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, müsste deshalb auch einem Bauvorhaben, welches der Vereinbarung nicht entspricht und keine öffentlichen Parkplätze vorsieht, die Baubewilligung erteilt werden.

Ebenfalls unerheblich ist, dass die Stadt die Infrastrukturbauten, also insbesondere die öffentlichen Parkplätze, von der Beschwerdegegnerin zu marktüblichen Konditionen

übernehmen soll und ihr insofern kein finanzieller Vorteil aus dem Bauvorhaben entsteht. Es entspricht der Regel, dass ein Bauvorhaben, welches für Zwecke der Gemeinde bestimmt ist, von dieser selber finanziert werden muss. Im Übrigen liegt diese Vereinbarung zwischen der Stadt Thun und der Beschwerdegegnerin bezüglich Übernahme der Infrastrukturbauten noch nicht vor. Ob die Stadt Thun letztlich tatsächlich marktübliche Konditionen wird bezahlen müssen, ist damit noch nicht sicher.

e) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Stadt Thun die Zuständigkeitsvorschrift von Art. 8 Abs. 2 BewD verletzt hat. Da das Bauvorhaben auch für Zwecke der Gemeinde bestimmt ist, wäre dafür das Regierungsstatthalteramt zuständig gewesen.

## 5. Kassation

a) Damit stellt sich die Frage, welche Konsequenzen die Verletzung der Zuständigkeitsvorschrift hat. Kann auf eine Beschwerde eingetreten werden, so entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise und mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück (Art. 72 Abs. 1 VRPG<sup>10</sup>). Der Beschwerdeentscheid ist somit in der Regel reformatorisch und nur ausnahmsweise kassatorisch.<sup>11</sup>

b) Das Verwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit der Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BewD ausgeführt, die Unzuständigkeit einer Behörde stelle einen schwerwiegenden Mangel und damit grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund dar, der jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten sei. Eine Ausnahme von der Nichtigkeitsfolge mache die Praxis unter anderem für den Fall, dass der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukomme. Dies treffe für Gemeinden in Bausachen zu, da sie grundsätzlich die Baubewilligungsbehörde sei. Von Gemeinden erteilte Baubewilligungen müssten deshalb nicht als nichtig eingestuft werden. Das Verwaltungsgericht kam zum Schluss, dass eine

---

<sup>10</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

<sup>11</sup> Siehe dazu auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 2 f.

Rückweisung an das Regierungsstatthalteramt in diesem Verfahrenszeitpunkt (sprich im Verwaltungsgerichtsverfahren) als prozessökonomisch wenig sinnvoll erscheine.<sup>12</sup>

Allerdings ist dieser Entscheid nicht ohne weiteres auf die vorliegende Situation zu übertragen. Das Verwaltungsgericht hat seinen Entscheid unter anderem damit begründet, dass, auch wenn das Regierungsstatthalteramt die Baubewilligung erteilt hätte, die BVE erstinstanzlich zur Überprüfung zuständig gewesen wäre. Deshalb sei eine Rückweisung an das Regierungsstatthalteramt mit erneuter Beschwerdemöglichkeit an die BVE nicht sinnvoll. Diese Ausgangslage ist in einem Beschwerdeverfahren vor der BVE noch nicht gegeben.

In einem etwas anderen Zusammenhang hat das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid Nr. 100.2009.409 vom 21. Juni 2010 befunden, dass eine Behörde, in der ein Mitglied seine Ausstandspflicht verletzt habe, als nicht richtig besetzt und in einem weiteren Sinn als unzuständig gelten müsse, was mit der Kassation des Verwaltungsaktes und der diesem vorangegangenen Amtshandlungen verbunden sein könne. Letztlich kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Möglichkeit der Heilung des Verstosses gegen die Ausstandspflicht entfalle und der Entscheid der Vorinstanz von der BVE hätte aufgehoben und an diese zurückgeschickt werden müssen. Zwar lässt sich auch dieser Sachverhalt nicht direkt auf den vorliegenden Fall übertragen. Er zeigt jedoch, dass bei der Heilung eines Verstosses gegen Zuständigkeitsvorschriften Vorsicht geboten ist und eine solche nicht immer möglich ist.

c) Letztlich kann hier aber offen bleiben, ob die BVE kassatorisch entscheiden muss oder ob sie auch reformatorisch entscheiden könnte. Da die Vorinstanz das Baubewilligungsverfahren nicht mit dem Wärmepumpenkonzessionsverfahren koordiniert hat und es unterliess, die Wärmepumpenkonzession in den Gesamtentscheid aufzunehmen, ist der Fall nicht entscheidreif. Mangelnde Entscheidreife der Angelegenheit ist ein besonderer Grund, welcher für eine Rückweisung an die Vorinstanz spricht.<sup>13</sup> Auch wenn die BVE unter Umständen nicht verpflichtet wäre, wegen der Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BewD kassatorisch zu entscheiden, so ist sie dazu aufgrund mangelnder Entscheidreife jedenfalls berechtigt.

---

<sup>12</sup> BVR 2005 S. 321 E. 2.4; zum selben Ergebnis kommt das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid Nr. 22755 vom 30. Mai 2007.

<sup>13</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 3

d) Somit werden die Beschwerden gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und die Akten gehen zur weiteren Behandlung des Baugesuchs vom 3. Juli 2009 an das zuständige Regierungsstatthalteramt Thun. Dieses wird angewiesen, das Baubewilligungsverfahren mit dem Konzessionsverfahren für die Wärmepumpe zu koordinieren. Dazu wird die Beschwerdegegnerin ein entsprechendes Konzessionsgesuch einzureichen haben. Zudem wird das Regierungsstatthalteramt angewiesen, in eine allfällige Baubewilligung auch die Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden 1 und 2 aufzunehmen.

e) Ob der angefochtene Entscheid auch in Verletzung von Ausstandspflichten erfolgt ist, wie dies vom Beschwerdeführer 3 geltend gemacht wird, braucht unter diesen Umständen nicht mehr geprüft zu werden. Auch Ausführungen zu den weiteren Rügen in den vier Beschwerden der Beschwerdeführenden 3 bis 9 erübrigen sich damit – es wird am zuständigen Regierungsstatthalteramt sein, darüber erstinstanzlich zu befinden.

## 6. Befangenheit der Direktorin der BVE

a) Die Beschwerdeführerin 3 wirft in ihrer Beschwerde die Frage der Befangenheit der Direktorin der BVE auf. In ihrer Stellungnahme vom 3. Mai 2010 stellt sie jedoch klar, dass damit kein Ablehnungsbegehren gestellt werde. Sie weist jedoch darauf hin, dass allfällige Ausstandsgründe von Amtes wegen zu beachten wären und zu einer Selbstablehnung führen müssten. Dass die BVE auch dann Beschwerdeinstanz ist, wenn der Kanton Bern Eigentümer der Bauparzelle ist, wird von der Beschwerdeführerin 3 nicht bestritten. Die Beschwerdeführerin 4 wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob es richtig sei, dass die in der Sache interessierte Baudirektion Adressatin ihrer Beschwerde sei und ob nicht eigentlich das Verwaltungsgericht zuständig sei.

Die Frage der Befangenheit kann jedoch offen gelassen werden. Aufgrund einer Abwesenheit der Direktorin der BVE wird dieser Entscheid ohnehin von ihrem Stellvertreter, dem Polizei- und Militärdirektor, unterzeichnet.

b) Aus diesem Grund muss auch nicht abgeklärt werden, ob der Kaufrechtsvertrag zwischen dem Kanton Bern und der Beschwerdegegnerin den übrigen

Verfahrensbeteiligten zugestellt werden darf. In Ziff. 1 der Verfügung vom 21. Juni 2010 wurde diese Frage offen gelassen. Die Beschwerdeführerin 3 hat Einsicht in diesen Vertrag verlangt, um die Frage der Befangenheit der Direktorin der BVE beurteilen zu können. Diese Frage ist mit der Unterzeichnung des vorliegenden Entscheids durch den Stellvertreter hinfällig geworden. In einem anderen Zusammenhang ist der Kaufrechtsvertrag in diesem Beschwerdeverfahren von keiner Bedeutung, weshalb auf eine Zustellung an die übrigen Verfahrensbeteiligten verzichtet werden konnte.

Darüber hinaus bestand auch keine Notwendigkeit, der Beschwerdeführerin 3 eine Frist zur Stellungnahme einzuräumen, wie sie dies in ihrer Stellungnahme vom 25. Juni 2010 verlangt hat. Da ihren Parteibegehren mit diesem Entscheid entsprochen wird, konnte darauf verzichtet werden, sie noch einmal anzuhören (Art. 21 Abs. 2 Bst. c VRPG).

## 7. Kosten

a) Die amtlichen Kosten für das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren vor der Vorinstanz müssen in diesem Entscheid nicht geregelt werden. Zwar werden der angefochtene Entscheid und damit auch die entsprechende Kostenverfügung in Ziffer 19 aufgehoben. Die Sache geht jedoch zur Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens an das zuständige Regierungsstatthalteramt. Die Stadt Thun kann ihre Kosten somit durch den Regierungsstatthalter in dessen Bauentscheid liquidieren lassen.

b) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Soweit über die fünf Beschwerden in diesem Entscheid befunden wird, obsiegen die Beschwerdeführenden 1 bis 9.

Die Beschwerdegegnerin dagegen hat in ihrer Beschwerdeantwort beantragt, die Beschwerden 3 bis 9 abzuweisen. Sie hat bezüglich der Frage der Unzuständigkeit der Vorinstanz die Meinung vertreten, diese Rüge der Beschwerdeführerin 3 sei verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Hinsichtlich des nicht koordinierten Konzessionsverfahrens hat sie vorgebracht, für eine Koordination sei kein Platz. Die Beschwerdegegnerin gilt deshalb in Bezug auf die Beschwerden der Beschwerdeführenden 3 bis 9 als unterliegende Partei. Nicht unterlegen ist die

Beschwerdegegnerin bezüglich der Beschwerde der Beschwerdeführenden 1 und 2. Hier hat sie beantragt, von der Rechtsverwahrung sei Kenntnis zu nehmen und zu geben.

Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.-- bis Fr. 4'000.-- je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV<sup>14</sup>). In Anwendung dieser Bestimmung wird die Pauschale für die vier Beschwerden der Beschwerdeführenden 3 bis 9 auf je Fr. 600.-- festgelegt und gestützt auf Art. 21 Abs. 3 GebV auf zwei Drittel, d.h. je Fr. 400.-- gekürzt. Für die Beschwerde der Beschwerdeführenden 1 und 2 werden keine Verfahrenskosten erhoben. Somit betragen die Verfahrenskosten insgesamt Fr. 1'600.--. Diese sind von der Beschwerdegegnerin zu tragen.

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei im oberinstanzlichen Beschwerdeverfahren die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerdeführenden 1 und 2 waren nicht anwaltlich vertreten und ihnen sind deshalb keine Parteikosten im Sinn des Gesetzes entstanden (Art. 104 Abs. 1 und 2 VRPG).

Der Parteivertreter der Beschwerdeführerin 3 hat keine Kostennote eingereicht. Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>15</sup> beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich der Parteikostenersatz nach Art. 41 Abs. 3 KAG<sup>16</sup>. Demnach wird der Parteikostenersatz für den Anwalt der Beschwerdeführerin 3 festgesetzt auf Fr. 4'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer).

Der Beschwerdeführer 4 war anfänglich nicht anwaltlich vertreten und hat seine

---

<sup>14</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

<sup>15</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

<sup>16</sup> Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

Beschwerde vom 6. April 2010 selber geschrieben und eingereicht. Erst mit Schreiben vom 11. Juni 2010 wurde dem Rechtsamt mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer 4 neu von einem Anwalt vertreten werde. Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 PKV und Art. 41 Abs. 3 KAG wird deshalb der Parteikostenersatz für den Anwalt des Beschwerdeführers 4 festgesetzt auf Fr. 1'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer).

Die Beschwerdeführenden 5 bis 9 werden alle vom selben Anwalt vertreten. Allerdings hat dieser Anwalt zwei getrennte Beschwerden eingereicht, eine für den Beschwerdeführer 5 und eine gemeinsame Beschwerde für die Beschwerdeführenden 6 bis 9. Diese beiden Beschwerden sind praktisch identisch, weshalb das Verfassen der zweiten Beschwerde nur wenig Mehraufwand verursacht hat. Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 PKV und Art. 41 Abs. 3 KAG wird deshalb der Parteikostenersatz für den Anwalt der Beschwerdeführenden 5 bis 9 festgesetzt auf Fr. 6'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer). Davon haben der Beschwerdeführer 5 und die Beschwerdeführenden 6 bis 9 je Anspruch auf die Hälfte, also je Fr. 3'000.--.

Die Beschwerdegegnerin gilt in Bezug auf die Beschwerden der Beschwerdeführenden 3 bis 9 als unterliegende Partei. Sie hat demzufolge der Beschwerdeführerin 3 Fr. 4'000.--, dem Beschwerdeführer 4 Fr. 1'000.-- sowie dem Beschwerdeführer 5 und den Beschwerdeführenden 6 bis 9 je Fr. 3'000.-- an Parteikosten zu ersetzen.

### **III. Entscheid**

1. Die Beschwerden werden gutgeheissen. Der Gesamtentscheid der Stadt Thun vom 2. März 2010 wird aufgehoben. Nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids gehen die Baugesuchsakten an das Regierungsstatthalteramt Thun zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.-- werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden folgende Parteikosten (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen:

- der Beschwerdeführerin 3: Fr. 4'000.--
- dem Beschwerdeführer 4: Fr. 1'000.--
- dem Beschwerdeführer 5: Fr. 3'000.--
- den Beschwerdeführenden 6 bis 9: Fr. 3'000.--

#### **IV. Eröffnung**

- Herrn A.\_\_\_\_\_, und Frau B.\_\_\_\_\_, als Gerichtsurkunde
- Herrn Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_, als Gerichtsurkunde
- Herrn Fürsprecher F.\_\_\_\_\_, als Gerichtsurkunde
- Herrn Fürsprecher L.\_\_\_\_\_, (2-fach), als Gerichtsurkunde
- Herrn Rechtsanwalt N.\_\_\_\_\_, als Gerichtsurkunde
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, als Gerichtsurkunde
- Amt für Wasser und Abfall (AWA), Rechtsdienst, im Haus
- Regierungsstatthalteramt Thun, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND  
ENERGIEDIREKTION  
i.V. der Direktorin

H.-J. Käser  
Regierungsrat