

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/32

Bern, 4. Juli 2016

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, Industriestrasse 2, Postfach
145, 3602 Thun

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun vom 8. Februar 2016
(942/2015-0695; Erweiterung Shop und Lagerraum, Lärmschutzwand für Klimageräte)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin reichte am 23. November 2015 bei der Stadt Thun ein Baugesuch ein für die Erweiterung des bestehenden Shops und Lagerraumes sowie für eine Lärmschutzwand auf dem Shopdach für bestehende Klimageräte auf Parzelle Thun Grundbuchblatt Nr. C. _____. Die Parzelle liegt in der Zone Wohnen/Arbeiten W/A3. Mit Schreiben vom 1. September [recte: Dezember] 2015 erläuterte die Stadt Thun der Beschwerdeführerin, sie komme auf Grund einer vorläufigen Prüfung zum Schluss, das Bauvorhaben könne nicht als An- und Nebebau betrachtet werden und sei daher nicht bewilligungsfähig. Auf Grund dieser Mängel könne das Baubewilligungsverfahren nicht eingeleitet werden. Die Stadt Thun gab der Beschwerdeführerin Gelegenheit, die festgestellten Mängel zu beheben. Andernfalls gelte das Baugesuch als zurückgezogen.

Mit E-Mail vom 9. Dezember 2015 reichte die Beschwerdeführerin zwei verschiedene Varianten des Bauvorhabens ein. Der zuständige Sachbearbeiter der Stadt Thun teilte der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 23. Dezember 2015 mit, die beiden Varianten entsprächen den Anforderungen für einen An- oder Nebenbau nicht. Die Beschwerdeführerin antwortete, sie könne die ablehnende Haltung bezüglich der Variante 1 bedingt nachvollziehen. Weshalb Variante 2 nicht bewilligungsfähig sei, erschliesse sich ihr nicht. Mit E-Mail vom 12. Januar erläuterte die Stadt Thun, sie erachte das Bauvorhaben auf Grund der gewerblichen Nutzung als nicht bewilligungsfähig. Am 15. Januar 2016 bat die Beschwerdeführerin um einen anfechtbaren Entscheid. Die Stadt Thun erteilte dem Bauvorhaben mit Gesamtentscheid vom 8. Februar 2016 den Bauabschlag.

2. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 8. März 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt der Bauabschlag des Bauinspektorats der Gemeinde Thun sei aufzuheben und dem Bauvorhaben "Erweiterung des bestehenden Shops und Lagerraumes; Lärmschutzwand auf dem Shopdach für bestehende Klimageräte" mit Verbesserung vom 9. Dezember 2015 (Variante 2) / 4. Januar 2016 sei die Baubewilligung zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung führt sie aus, die Projektverfasserin habe einen beschwerdefähigen Entscheid für die Variante 2 verlangt. Prozessgegenstand sei die am 9. Dezember 2015 eingereichte Variante 2. Der Anbau an den bestehenden Shop sei mit einer Innenwand vom Hauptgebäude getrennt. Da der Anbau gewerblich genutzt werde, handle es sich um eine "bewohnte" Anbaute. Der gemäss Art. 15 GBR¹ dafür vorgesehenen Grenzabstand von 3 m halte der Anbau ein.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², holte bei der Stadt Thun eine Stellungnahme sowie die Vorakten ein. Die Stadt Thun macht geltend, sie habe das ursprüngliche Bauvorhaben beurteilt und diesem Projekt korrekterweise den Bauabschlag erteilt. Es sei nicht über die per Mail übermittelte Variante mit Trennwand entschieden worden. Hierfür hätte ein Projektänderungsgesuch mit unterschriebenen

¹ Baureglement der Stadt Thun vom Juni 2002, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 24. Juli 2003 mit Nachtrag vom 27. August 2003 (GBR)

² 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)

Plänen eingereicht werden müssen. Allerdings sehe die Baubewilligungsbehörde ein, dass die Begründung für den Bauabschlag nicht korrekt formuliert sei. Ein An- und Nebenbau dürfe gewerblich genutzt werden. Beim ursprünglichen Bauvorhaben handle es sich jedoch nicht um einen Anbau, da die Erweiterung zum Hauptgebäude hin offen sei. Das Bauvorhaben halte die ordentlichen Grenzabstände nicht ein.

4. Das Rechtsamt räumte der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme und zum Einreichen einer Projektänderung ein. Am 25. Mai 2016 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik sowie ein Projektänderungsgesuch ein. Mit Eingabe vom 7. Juni 2016 erklärt die Stadt Thun, sie begrüsse die Projektänderung.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher im Rahmen ihrer Einsprachegründe und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerin, deren Baugesuch abgewiesen wurde, ist durch den vor-instanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

2. Projektänderung

a) Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass das ursprüngliche Bauvorhaben nicht bewilligungsfähig ist. Die Beschwerdeführerin beantragt die Bewilligung der Variante 2. Die Stadt räumt ein, dass entgegen der Auskunft im Baubewilligungsverfahren eine gewerbliche Nutzung von An- und Nebenbauten zulässig sei. Bei der Variante 2 handle es sich um eine Anbaute.

b) Die Baueingabe bildet mit den zugehörigen Projektplänen die Grundlage für das Baubewilligungsverfahren (Art. 10 ff. BewD⁴). Ein Bauvorhaben kann im Laufe eines Verfahrens geändert oder ergänzt werden, um beispielsweise Einwänden von Behörden oder Einsprechenden Rechnung zu tragen. Ein geändertes Projekt tritt an die Stelle des ursprünglichen Bauvorhabens. Eventualbegehren sind unzulässig.⁵ Ein Projektänderungsgesuch setzt ein entsprechendes schriftliches Gesuch voraus. Die Änderungen sind in der Regel in einem von der Bauherrschaft unterschriebenen Plan einzuzeichnen.⁶

Die Beschwerdeführerin hat im vorinstanzlichen Verfahren keine neuen Pläne eingereicht. Sie hat der Stadt Thun lediglich via E-Mails verschiedene Varianten zugeschickt und sie um entsprechende Beurteilung gebeten. Dieses Vorgehen weist den Charakter einer unverbindlichen Voranfrage auf und stellt keine Projektänderung dar.⁷ Als Entscheidungsgrundlage lag der Stadt Thun daher nur das von der Beschwerdeführerin ursprünglich eingereichte Bauvorhaben vor. Dementsprechend konnte sie auch nur über dieses Projekt entscheiden. Der von der Stadt Thun verfügte Bauabschlag bezog sich daher korrekterweise auf das von der Beschwerdeführerin ursprünglich eingereichte Bauvorhaben.

c) Ein Projektänderungsgesuch kann auch im Beschwerdeverfahren eingereicht werden. Mit Eingabe vom 25. Mai 2016 haben die Beschwerdeführenden ein Projektänderungsgesuch eingereicht. Diese sieht anders als das ursprüngliche

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 32-32d N. 13c

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 15

⁷ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Vorbemerkungen Art. 32-32d N. 5

Bauvorhaben vor, dass der Anbau nicht von der bestehenden Hauptbaute aus zugänglich ist, sondern dass er über den Parkplatz erschlossen wird. Der Anbau ist von der Hauptbaute mit einer Zwischenwand getrennt. Das Bauprojekt ist auch nach den Projektänderungen in den Grundzügen gleich geblieben und es werden keine wesentlichen Änderungen vorgenommen. Insbesondere haben sich die äusseren Masse des Bauvorhabens nicht verändert. Es liegt somit eine Projektänderung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 BewD vor. Die Beschwerdegegnerin hat mit dem Einreichen der Projektänderung vor der BVE auf ihr ursprüngliches Bauvorhaben verzichtet. Verfahrensinhalt bildet allein das geänderte Projekt.⁸

d) Die Vorinstanz hat dem ursprünglichen Bauvorhaben ohne vorgängige Bekanntmachung den Bauabschlag erteilt. Die Bekanntmachung eines Bauvorhabens dient dem Schutz des rechtlichen Gehörs von allenfalls vom Bauvorhaben betroffenen Dritten. Ein Bauvorhaben muss daher immer publiziert werden, bevor es allenfalls bewilligt werden kann. Zudem liegen noch keine Fachberichte vor. Obwohl das Bauvorhaben trotz der Projektänderung in seinen Grundzügen gleich bleibt, ist es nicht entscheidreif. Es ist nicht Aufgabe der BVE als Beschwerdeinstanz, in diesem Umfang Abklärungen vorzunehmen. Gemäss Art. 43 Abs. 3 BewD kann die Beschwerdeinstanz eine Projektänderung zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückweisen. Eine Projektänderung muss formell und materiell geprüft werden. Das Bauvorhaben wird daher zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen. Der angefochtene Entscheid wird aus prozessualen Gründen aufgehoben, weil ihm im Umfang der Projektänderung die Grundlage entzogen worden ist. Insoweit ist die hängige Beschwerde gegenstandslos geworden.⁹

3. Kosten

a) Die 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). Wer ein Rechtsmittel zurück zieht, den Abstand erklärt, oder auf andere Weise dafür sorgt, dass das Verfahren gegenstandslos wird, gilt als unterliegende Partei (Art. 110 Abs. 1 VRPG).

⁸ Vgl. BVR 2012 S. 463

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N. 13c mit weiteren Hinweisen

Wer ein neues, bewilligungsfähiges Gesuch einreicht, hat die Kosten für das Beschwerdeverfahren um das erste Vorhaben zu tragen.¹⁰ Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.– bis Fr. 4'000.– erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV¹¹).

Die Pauschalgebühr für den vorliegenden Entscheid wird auf Fr. 800.– festgesetzt. Die Beschwerdeführerin gilt grundsätzlich als unterliegend und hat daher die Verfahrenskosten zu tragen. Die Stadt Thun hat aber auf Grund der Auskunft, wonach eine gewerbliche Nutzung bei An- und Nebenbauten unzulässig sei und der unkorrekten Entscheibegründung dazu beigetragen, dass die Beschwerdeführerin das vorliegende Verfahren angestrengt hat. Die BVE verzichtet daher auf die Erhebung der Hälfte der Verfahrenskosten. Die Beschwerdeführerin hat Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 400.– zu tragen.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuale Verhalten oder besondere Umstände eine andere Teilung gebieten (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV¹² beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG¹³).

Auf Grund der besonderen Umstände wird die Stadt Thun verpflichtet, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin die Hälfte ihrer Parteikosten zu ersetzen. Die Beschwerdeführerin macht Parteikosten im Umfang von insgesamt Fr. 9'192.40. Da kein Beweisverfahren durchgeführt wurde und es sich um ein kleines Bauprojekt handelt, sind der gebotene Zeitaufwand sowie die Bedeutung der Streitsache als unterdurchschnittlich zu werten. Auch die umstrittenen Rechtsfragen und damit die Schwierigkeit des Prozesses

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 110 N. 5

¹¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

¹² Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

¹³ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

sind unterdurchschnittlich. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 2'585.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer¹⁴) als angemessen. Die Stadt Thun hat dementsprechend der Beschwerdeführerin Parteikosten im Umfang von Fr. 1'292.50 zu ersetzen.

¹⁴ Die Beschwerdeführerin ist nicht mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die auf sie überwälzte Mehrwertsteuer daher nicht abziehen. Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>

III. Entscheid

1. Der Entscheid der Stadt Thun vom 8. Februar 2016 wird aufgehoben.
2. Die Sache wird zur Beurteilung der Projektänderung vom 25. Mai 2016 (Plan Grundriss / Schnitt / Ansichten 1:100, Revision A 3, vom 11. Mai 2016) im Sinne der Erwägungen an die Stadt Thun zurückgewiesen. Im Übrigen wird das Beschwerdeverfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
2. Die Beschwerdeführerin hat Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 400.– zu bezahlen. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Stadt Thun hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 1'292.50 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin