



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2023/177

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 24. September 2024

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Frau Rechtsanwältin D._____

und

Regierungsstatthalteramt Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

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

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 29. September 2023 (eBau
Nummer A._____; Erweiterung Terrasse)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Parzelle Thun-Strättligen Grundbuchblatt Nr. G._____. Im sich darauf befindenden Gebäude an der H._____strasse 68 betreibt sie eine B._____. Für deren Betrieb, diverse Umbauarbeiten am und im Gebäude sowie insbesondere für den Bau eines Terrassensitzplatzes an dessen Südseite erteilte ihr das Regierungsstatthalteramt Thun am 6. April 2020 die Gesamtbaubewilligung.

2. Die Beschwerdeführerin plante ursprünglich angrenzend an die Südfassade des Gebäudes die Errichtung einer dreiseitig offenen und oben gedeckten Holzterrasse. Gemäss dem betreffenden Projektplan «Erdgeschoss» vom 28. November 2019 sah sie für die Terrasse eine rechteckige Form mit Seitenlängen von 8.87 m und 3.8 m sowie einer Grundfläche von 33.7 m² vor. Die südöstliche Ecke dieser Terrasse war im Abstand von 3.83 m zur nächsten Strassenparzelle geplant. Da diese kleine und leicht entfernbare Baute ausserhalb der südlich entlang des betreffenden Gebäudes verlaufenden Baulinie vorgesehen war, gewährte die Vorinstanz im erwähnten Entscheid die Ausnahmegewilligung gemäss Art. 28 BauG¹. Weiter sah die Beschwerdeführerin gemäss dem erwähnten Projektplan südlich und östlich entlang der Terrasse die Pflanzung von vier Bäumen vor.

¹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

3. Nach Fertigstellung des Umbaus der B._____ stellte die Gemeinde Thun bauliche Abweichungen vom bewilligten Projekt fest. Einerseits errichtete die Beschwerdeführerin eine wesentlich grössere Terrasse mit einer Grundfläche von fast 80 m² und einer abgerundeten Form im Abstand von nur noch ca. 60 cm entlang der südlich gelegenen Strassenparzelle. Andererseits verzichtete sie auf die ursprünglich vorgesehenen Bäume entlang der Terrasse.
4. Die Gemeinde Thun gewährte daraufhin der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme und Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs. Auf die Einleitung eines förmlichen Baupolizeiverfahrens verzichtete sie.
5. Das von der Beschwerdeführerin am 9. September 2021 eingereichte nachträgliche Baugesuch leitete die Gemeinde Thun daraufhin zuständigkeitshalber der Vorinstanz weiter. Diese publizierte das Bauvorhaben und holte die nötigen Amts- und Fachberichte ein. Innert der Auflagefrist gingen keine Einsprachen ein. Die Vorinstanz erteilte dem Vorhaben mit Gesamtbauentscheid vom 29. September 2023 den Teilbauabschlag, wobei sie den ungedeckten, südlichen Terrassenbereich mit seiner Fläche von 33.6 m² nicht bewilligte.
6. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 9. November 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragt die Aufhebung des Teilbauabschlags und die Erteilung der Ausnahmegewilligung für das Bauen in der Bauverbotszone sowie damit einhergehend die Baubewilligung für die Erweiterung der südseitigen, ungedeckten Holzterrasse mit der entsprechenden gastgewerblichen Bewilligung. Eventualiter sei der Teilbauabschlag aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
7. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Mit Stellungnahme vom 6. Dezember 2023 beantragt die Stadt Thun sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Ebenso beantragt die Vorinstanz mit ihrer Stellungnahme vom 11. Dezember 2024 die Abweisung der Beschwerde.
8. Mit Verfügung vom 7. Februar 2024 teilte das Rechtsamt der Beschwerdeführerin mit, dass nach einer ersten summarischen Beurteilung die Erweiterung der Holzterrasse aufgrund der vorliegenden Grösse der Baute nicht gestützt auf eine Ausnahmegewilligung nach Art. 28 BauG bewilligt werden könnte. Erforderlich sei vielmehr eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG, was jedoch das Vorliegen von besonderen Verhältnissen voraussetzen würde. Mit Blick auf die im Ausnahmegesuch von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Begründung könne vorliegend jedoch kaum von besonderen Verhältnissen ausgegangen werden. Zudem teilte das Rechtsamt der Beschwerdeführerin mit, dass nach summarischer Einschätzung der vorliegenden Aussenraumgestaltung nicht zugestimmt werden könnte und auf der Pflanzung der ursprünglich vorgesehenen Bäume bestanden werden müsste. Weiter teilte das Rechtsamt mit, dass die BVD in Betracht ziehe, im Falle der Bestätigung des Teilbauabschlags gestützt auf Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen. Schliesslich gab das Rechtsamt der Beschwerdeführerin Gelegenheit, eine Projektänderung einzureichen.
9. Mit Stellungnahme vom 21. März 2024 reichte die Beschwerdeführerin eine erste Projektänderung ein. Gleichzeitig stellte sie den Antrag auf Durchführung eines Augenscheins vor Ort. Das Rechtsamt führte diesen daraufhin am 26. Juni 2024 im Beisein der Beschwerdeführerin sowie von Vertretern der Stadt Thun durch. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

des Augenscheins (inkl. Fotodossier und Plan mit eingezeichneten Messungen) zu äussern. Das Rechtsamt gab der Beschwerdeführerin zudem Gelegenheit, gestützt auf das Ergebnis des Augenscheins eine neue Projektänderung einzureichen.

10. Am 5. August 2024 reichte die Beschwerdeführerin dem Rechtsamt die zweite Projektänderung ein (Projektänderungspläne vom 2. August 2024, gestempelt vom Rechtsamt am 5. August 2024). Mit Schreiben vom 8. August 2024 teilte die Vorinstanz mit, dass sie diesbezüglich auf eine Stellungnahme verzichte. Mit Stellungnahme vom 22. August 2024 äusserte sich die Stadt Thun positiv zur zweiten Projektänderung und teilte mit, dass sie diese gutheissen würde.

11. Auf die Rechtsschriften sowie auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG³. 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 innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführerin, deren Baugesuch teilweise abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Sie bringt diesbezüglich vor, dass sich der angefochtene Entscheid der Vorinstanz auf Akten beziehe, die ihr nicht offengelegt worden seien. Insbesondere würden keine betreffenden Amts- bzw. Fachberichte des Tiefbauamts der Stadt Thun bzw. des Stadtarchitekten der Stadt Thun vorliegen. Sinn- gemäss rügt die Beschwerdeführerin auch eine Verletzung der Begründungspflicht, zumal die Vorinstanz bei ihrem Entscheid keine Interessenabwägung vorgenommen und sich mit den Partikularinteressen der Beschwerdeführerin nicht auseinandergesetzt habe. Schliesslich sei der Amtsbericht des Bauinspektorats der Stadt Thun vom 4. August 2023 der Beschwerdeführerin nicht separat eröffnet, sondern erst zusammen mit dem angefochtenen Entscheid zugestellt worden, was ebenfalls eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs bedeute.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG⁴ gibt den Parteien das Recht, sich 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

³ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.⁵ Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht der Parteien, von jedem eingereichten Aktenstück bzw. jeder Stellungnahme von Parteien und Behörden Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können. Das gilt unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Argumente enthalten und ob sie die Entscheidbehörde tatsächlich zu beeinflussen vermögen. Die Beteiligten sind deshalb über jede Eingabe zu informieren, damit sie Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern, wenn sie dies als notwendig erachten. Daher sind den Parteien im Baubewilligungsverfahren sämtliche Amts- und Fachberichte sowie die Stellungnahmen der Gegenpartei zuzustellen.⁶

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.⁷ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.⁸

c) In ihrer Stellungnahme vom 6. Dezember 2023 erläutert die Stadt Thun, dass das vorliegend strittige Thema der Ausnahmegewilligung sowie der Baubewilligungsfähigkeit der Terrassenerweiterung im Rahmen des wöchentlichen JourFixe sowohl am 5. Mai 2022, am 29. September 2022 als auch am 27. Juli 2023 geprüft worden sei. Bei diesen Sitzungen waren unter anderen der Stadtarchitekt sowie Vertreter des Planungsamts und des Strasseninspektorats der Stadt Thun anwesend. Die entsprechenden Protokollauszüge sind allesamt in den Vorakten vorhanden.⁹ Deren Inhalt sei sodann einerseits in das Schreiben des Bauinspektorats Thun vom 15. November 2022¹⁰ und andererseits in den Amtsbericht des Bauinspektorats Thun vom 4. August 2023¹¹ eingeflossen. Dass auf die Einholung von weitergehenden Fach- und Amtsberichten der internen Fachstellen verzichtet worden sei, entspreche der gewohnten Vorgehensweise in der Stadt Thun. Diese Vorgehensweise ist unter dem Blickwinkel der Wahrung des rechtlichen Gehörs denn auch nicht zu bemängeln: Mit dem im vorliegenden Fall erfolgten Einfließen der Einschätzung der internen Fachstellen durch die Zitierung des betreffenden Sitzungsprotokollinhalts im hier massgeblichen Amtsbericht des Bauinspektorats Thun vom 4. August 2023 ist die Stadt Thun ihren diesbezüglichen Pflichten vollumfänglich nachgekommen.

⁵ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7.

⁶ BGE 138 I 484 E. 2.1, 133 I 100 E. 4.3 ff.; BVR 2009 S. 328 ff. E. 2.4; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 38-39 N 9b; Urs Eymann, Das rechtliche Gehör im erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren, in KPG-Bulletin 2006 S. 47 ff.

⁷ BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 9 bis 11.

⁸ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21 und 39.

⁹ Vorakten der Stadt Thun (2021-0951), pag. 35 ff., 49 f. und 51 f.

¹⁰ Vorakten der Stadt Thun (2021-0951), pag. 98 f.

¹¹ Vorakten der Vorinstanz (bbew 3/2022), pag. 111 ff.

Vor diesem Hintergrund ist auch nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz bei ihrer Begründung des Teilbauabschlags in erster Linie auf den Amtsbericht des Bauinspektorats Thun vom 4. August 2023 stützt. Eine Behörde kann ihrer Begründungspflicht mit Verweisen nachkommen und sich dabei auf Ausführungen in Amtsberichten beziehen.¹² So führt die Vorinstanz in Ziffer 8 auf Seite 4 des angefochtenen Entscheids unter Verweis auf den erwähnten Amtsbericht aus, dass vorliegend keine derart speziellen, vom Normalfall abweichenden Umstände bzw. objektive Besonderheiten zu erkennen seien, welche die Bewilligung einer Ausnahme rechtfertigen würden, die gegen öffentliche Interessen des Städtebaus und der Verkehrstechnik verstossen würde. Im erwähnten Amtsbericht werden eben diese öffentlichen Interessen erläutert: Einerseits gehe es um die Einhaltung der Baulinie, andererseits um die Aussenraumgestaltung, wobei die ursprünglich geplanten Bäume eine zentrale Rolle spielen würden. Mit Blick auf das Protokoll zum JourFixe vom 27. Juli 2023¹³ wird schliesslich klar, dass sich die Stadt Thun mit den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt hat und die dabei erfolgte Interessenabwägung wiederum in den Amtsbericht des Bauinspektorats Thun vom 4. August 2023 – und somit auch in den vorliegend angefochtenen Entscheid der Vorinstanz – eingeflossen ist. Der vorinstanzliche Entscheid ist folglich genügend begründet und gestützt darauf konnte ihn die Beschwerdeführerin auch sachgerecht anfechten. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt diesbezüglich nicht vor.

Der Beschwerdeführerin ist hingegen darin beizupflichten, dass es unter dem Titel der Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht angeht, dass ihr der Amtsbericht des Bauinspektorats Thun vom 4. August 2023 erst zusammen mit dem nun angefochtenen Entscheid eröffnet wurde. Korrekterweise hätte ihr die Vorinstanz diesen vorab separat zur Stellungnahme unterbreiten müssen. Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung der Vorinstanz vom 12. Januar 2023¹⁴ die Ankündigung des voraussichtlich negativ ausfallenden Amtsberichts der Stadt Thun vom 15. November 2022¹⁵ zustellt wurde. Mit ihrer daraufhin erfolgten Stellungnahme vom 20. Juni 2023¹⁶ konnte die Beschwerdeführerin ihr Äusserungsrecht kaum abschliessend wahrnehmen, da ihr der genaue Inhalt des betreffenden Amtsberichts nicht bekannt war. Die Vorinstanz hat damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Wie die nachfolgenden Ausführungen jedoch zeigen, kann die erfolgte Gehörsverletzung im vorliegenden Rechtsmittelverfahren geheilt werden: Gemäss Art. 40 Abs. 3 BauG kommt der BVD als Beschwerdeinstanz die volle Überprüfungsbefugnis zu. Der erwähnte Amtsbericht wurde der Beschwerdeführerin schliesslich zusammen mit dem vorinstanzlichen Entscheid zugestellt und sie konnte ihre Rechte spätestens im Beschwerdeverfahren somit vollumfänglich wahrnehmen. Nicht zuletzt auch deshalb handelt es sich vorliegend kaum um eine besonders schwerwiegende Gehörsverletzung. Der Beschwerdeführerin ist auch kein materieller Nachteil entstanden und es ist zudem nicht ersichtlich, dass ihr durch die Heilung der Gehörsverletzung ein Nachteil erwachsen würde. Die Voraussetzungen zur Heilung der Gehörsverletzung sind daher erfüllt. Sie ist allerdings bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.

3. Projektänderung: Ausnahmbewilligung für angepasste Terrasse, Aussenraumgestaltung

a) Nach Art. 43 BewD¹⁷ kann die Baugesuchstellerin oder der Baugesuchsteller während eines Baubewilligungsverfahrens oder eines nachfolgenden Beschwerdeverfahrens vor der BVD eine

¹² Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 21, N. 31.

¹³ Vorakten der Stadt Thun (2021-0951), pag. 35 ff.

¹⁴ Vorakten der Vorinstanz (bbew 3/2022), pag. 99 ff.

¹⁵ Vorakten der Stadt Thun (2021-0951), pag. 98 ff.

¹⁶ Vorakten der Vorinstanz (bbew 3/2022), pag. 15 ff.

¹⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

Projektänderung einreichen, ohne dass deshalb ein neues Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden muss. Eine Projektänderung liegt vor, wenn das Bauvorhaben in seinen Grundzügen gleich bleibt. Erfolgt die Projektänderung im Beschwerdeverfahren, sind die Gemeinde, die Gegenpartei und die von der Projektänderung zusätzlich berührten Dritten anzuhören. Die Beschwerdeinstanz ist befugt, die Sache zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 43 Abs. 3 BewD), kann aber auch selbst über die Projektänderung entscheiden. Das geänderte Projekt tritt an die Stelle des ursprünglichen Bauvorhabens und für das Beschwerdeverfahren bedeutet die Projektänderung, dass es im Umfang der nicht mehr umstrittenen (geänderten) Teile des Vorhabens gegenstandslos wird.¹⁸

Die Projektänderung vom 5. August 2024 ersetzt das nachträgliche Baugesuch vom 9. September 2021 sowie die erste Projektänderung vom 21. März 2024 im Umfang der Änderungen betreffend die Grösse der Holzterrasse und die Aussenraumgestaltung mittels Platzierung von Baumkübeln. Massgeblich sind die Projektänderungspläne vom 2. August 2024, gestempelt vom Rechtsamt am 5. August 2024. Darin ist ersichtlich, dass die Holzterrasse in ihren Grundzügen bestehen bleiben soll. Deren Fläche im ungedeckten Aussenbereich soll im Vergleich zum nachträglichen Baugesuch vom 9. September 2021 jedoch um 20.1 m² auf 13.5 m² verkleinert werden. Die gesamte Grundfläche der Holzterrasse soll neu noch 59.9 m² betragen. Ausserdem sind südlich davon wieder mehrere Baumkübel vorgesehen, ähnlich dem ursprünglichen Projekt vom 28. November 2019. Die erwähnten Anpassungen können als Projektänderung behandelt werden. Sie berühren keine zusätzlichen öffentlichen oder wesentlichen nachbarlichen Interessen und die betroffene Gemeinde wurde angehört. Auf eine Publikation oder eine Anhörung Dritter konnte daher verzichtet werden. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit nur noch das Projekt gemäss der Projektänderung vom 5. August 2024. Auf die ursprünglichen Rügen der Beschwerdeführerin betreffend den grösseren Aussenbereich der Holzterrasse sowie betreffend die Aussenraumgestaltung ist somit nicht mehr einzugehen und die Beschwerde ist diesbezüglich gegenstandslos geworden.

b) Nach Art. 96a Abs. 2 BauG gehen Baulinien den allgemeinen Abstandsvorschriften vor. Die Gemeinden bestimmen, ob und wie weit einzelne Bauteile über die Baulinien vorspringen dürfen, wobei gegenüber öffentlichen Strassen die Vorschriften der Strassengesetzgebung über die Benützung der Bauverbotszone gelten, wenn diesbezügliche Gemeindevorschriften fehlen (Art. 96a Abs. 3 BauG). Gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. a GBR¹⁹ richten sich die Bauabstände von Gebäuden nach Baulinien, sofern solche vorhanden sind. Sind keine solche vorhanden, ist nach Art. 14 Abs. 1 Bst. b GBR gegenüber Kantonsstrassen ein Strassenabstand von mindestens 5 m und gegenüber den übrigen öffentlichen Strassen ein solcher von mindestens 4 m einzuhalten; die Strassenabstände werden vom äussersten Rand des Verkehrsraumes aus gemessen.

Nach Art. 28 BauG kann die Baubewilligungsbehörde die Erstellung kleiner und leicht entfernbarer Bauten und Anlagen in Abweichung von Bauvorschriften, namentlich auch von Baulinien, auf Zusehen hin bewilligen, wenn die Bauherrschaft ein genügendes Interesse nachweist und weder öffentliche noch nachbarliche Interessen beeinträchtigt werden. Die leichte Entfernbarkeit beinhaltet dabei einen technischen und einen betrieblichen Aspekt. Die technisch leichte Entfernbarkeit ist gegeben, wenn die Bauteile ohne besonderen Aufwand beseitigt werden kann. In funktionaler Hinsicht sind Bauten oder Bauteile leicht entfernbar, wenn sie für die bestimmungsgemässe Nutzung der Liegenschaft entbehrlich sind oder ohne erheblichen Nachteil für diese Nutzung vorschriftskonform gestaltet werden können, z.B. durch Verlegung. Die Bewilligung kann jederzeit entschädigungslos widerrufen werden (Art. 28 Abs. 1 und 2 BauG). Als klein gelten Bauten, die

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N.13c mit Hinweis auf BVR 2012 S. 463 E. 2.2.

¹⁹ Baureglement der Stadt Thun vom 15. Februar 2002, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 24. Juli 2003 und 27. August 2003.

eine maximale Grundfläche von 60 m² und eine maximale Höhe von 4 m nicht wesentlich überschreiten.²⁰

Die angrenzend an die Südfassade der Liegenschaft H. _____ strasse 68 errichtete Holzterrasse überschreitet die kommunale Baulinie vom 23. August 1976. Selbst nach der nun geplanten Verkleinerung von deren Fläche überschreitet sie zudem die obgenannten, vom äussersten Rand des Verkehrsraumes aus zu messenden Strassenabstände. Unabhängig davon, ob man die umstrittene Terrasse als Gebäudeteil qualifiziert und Art. 14 Abs. 1 Bst. a GBR anwendet oder die Holzterrasse als Anlage betrachtet, für welche die Baulinie nicht gilt, aber der Strassenabstand einzuhalten ist, ist vorliegend eine Ausnahmegewilligung erforderlich.

Mit den gemäss den Projektänderungsplänen vom 2. August 2024, gestempelt vom Rechtsamt am 5. August 2024 nun projektierten Abmessungen gilt die Holzterrasse als Kleinbaute: Ihre Grundfläche beträgt noch 59.9 m², weiter ist sie auf drei Seiten offen und die Holzkonstruktion beim gedeckten Bereich weist eine Höhe von 2.6 m auf. Ferner wäre die ganze Konstruktion aufgrund ihrer Leichtbauweise auch einfach entfernbar. Bei der Holzterrasse handelt es sich folglich sowohl in baulicher als auch in funktioneller Hinsicht um eine kleine und leicht entfernbare Baute. Da ausserdem im vorliegenden Fall keine privaten oder öffentlichen Interessen beeinträchtigt sind, kann dem Vorhaben der Beschwerdeführerin gestützt auf ihr Ausnahmegesuch vom 4. April 2022²¹ eine erleichterte Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 28 BauG erteilt werden.

c) Auch mit Blick auf die nun vorgesehene Aussenraumgestaltung kann die Projektänderung vom 5. August 2024 bewilligt werden: Entsprechend der am Augenschein vom 26. Juni 2024 mit den Vertretern der Stadt Thun vor Ort diskutierten Varianten, sieht die Beschwerdeführerin südlich der Holzterrasse nun die Platzierung von drei rund 0.9 m hohen Baumkübeln mit einem Durchmesser von 1 m und darin gesetzten mittelgrossen Olivenbäumen vor. Die Höhe der Bäume beträgt gemäss Projektänderungsplan «Südfassade» vom 2. August 2024 rund 1.6 m. Die Baumkübel befinden sich ausserdem in genügendem Abstand zum Verkehrsraum der betreffenden Strasse. Übereinstimmend mit der Einschätzung der Stadt Thun gemäss ihrer Stellungnahme vom 22. August 2024 ist die Projektänderung folglich gutzuheissen.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Projektänderung vom 5. August 2024 betreffend die Grösse der Holzterrasse und der Aussenraumgestaltung gemäss dem Situationsplan und den Projektänderungsplänen «Grundriss», «Ostfassade», «Südfassade» sowie «Querschnitt A-A», alle datiert vom 2. August 2024 und mit Stempel des Rechtsamts der BVD vom 5. August 2024, bewilligt wird. Insofern ist die Beschwerde gegenstandslos geworden. Der angefochtene Gesamtbauentscheid der Vorinstanz vom 29. September 2023 ist im Übrigen zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

Die Bestätigung des Gesamtbauentscheids der Vorinstanz vom 29. September 2023 bezieht sich insbesondere auch auf die darin bewilligte Gesamtanzahl (58) an Aussensitzplätzen zur gastgewerblichen Nutzung. In gastgewerblicher Hinsicht bedarf es folglich keiner Korrektur der Bewilligung oder weiterer Verfügungen von Seiten der BVD.

4. Wiederherstellung und Frist

a) Nach Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG entscheidet die Baubewilligungsbehörde bei nachträglichen Baugesuchen im Falle des Bauabschlags zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Das gilt nach der Rechtsprechung grundsätzlich auch für den Fall,

²⁰ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 28 N. 1 f.

²¹ Vorakten der Vorinstanz (bbew 3/2022), pag. 28.

dass zuvor noch keine Wiederherstellungsverfügung ergangen, ein nachträgliches Baugesuch also ohne den Druck einer solchen eingereicht worden ist.²² Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.²³

b) Im vorliegenden Fall hat weder die Gemeindebaupolizeibehörde noch die Vorinstanz Wiederherstellungsmassnahmen angeordnet. Nach der Rechtsprechung hindert dies die BVD jedoch nicht daran, vorliegend von Amtes wegen korrigierend einzugreifen und für ein dem Baugesetz entsprechendes Vorgehen zu sorgen.²⁴ Des Weiteren hat das Rechtsamt der BVD mit Verfügung vom 7. Februar 2024 der Beschwerdeführerin die Anordnung von Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angedroht.

Da im Allgemeinen an der Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, gewichtige öffentliche Interessen bestehen,²⁵ ist ein öffentliches Interesse am Rückbau der Holzterrasse auf die nun bewilligte Grösse gemäss den Projektänderungsplänen vom 2. August 2024, gestempelt vom Rechtsamt am 5. August 2024 ohne weiteres gegeben. Weiter ist der Rückbau der Holzterrasse erforderlich und geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen: Wie erwähnt, kann die Ausnahmegewilligung nach Art. 28 BauG nur für Kleinbauten mit einer maximalen Grundfläche von 60 m² erteilt werden. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind hier nicht ersichtlich. Die angeordnete Wiederherstellungsmassnahme ist zudem nicht aufwendig und für die Beschwerdeführerin sowohl in sachlicher wie auch in finanzieller Hinsicht zumutbar. Insgesamt ist damit die Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahmen zu bejahen. Dies alles gilt auch betreffend die Platzierung der drei Baumkübeln gemäss den erwähnten Projektänderungsplänen, zu welcher die Beschwerdeführerin hiermit ebenso im Sinne einer Wiederherstellungsmassnahme verpflichtet wird.

c) Wie am Augenschein vom 26. Juni 2024 bereits angekündigt, erachtet es die BVD als angemessen, für die Vornahme der erwähnten Wiederherstellungsmassnahmen grundsätzlich eine Frist von rund drei Monaten anzusetzen. Mit Blick auf den Jahreswechsel wird die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den 31. Januar 2025 angesetzt.

5. 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 rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 1800.– (Art. 103 Abs. 2

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 17 mit Hinweis auf BVR 1996 S. 243 E. 2.

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

²⁴ Vgl. BVR 1996 S. 244 E. 2.

²⁵ VGE 2016/269 vom 17. Mai 2018, E. 6.4; BVR 2004 S. 440 E. 4.6, 2003 S. 97 E. 3d, 2002 S. 8 E. 4c; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a.

VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁶). Für den Augenschein vom 26. Juni 2024 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von CHF 600.– erhoben. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit CHF 2400.–.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass vorliegend auch ein Verfahrensmangel (Verletzung des rechtlichen Gehörs) geheilt werden musste. Dies stellt einen besonderen Umstand dar. Es rechtfertigt sich daher, dafür einen Achtel der Verfahrenskosten bzw. CHF 300.– auszuscheiden. Dieser Betrag trägt der Kanton, da der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (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 PKV²⁷ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.– bis CHF 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 KAG²⁸).

Bei diesem Verfahrensausgang erscheint es als gerechtfertigt, die Parteikosten entsprechend den Verfahrenskosten zu verlegen. Das Regierungsstatthalteramt Thun, das die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu verantworten hat, hat der Beschwerdeführerin daher einen Achtel ihrer Parteikosten zu ersetzen.

Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin macht in ihrer Kostennote vom 11. September 2024 für das Beschwerdeverfahren vor der BVD Parteikosten von CHF 10 010.15 geltend (Honorar CHF 8950.–, Auslagen CHF 332.60 und Mehrwertsteuer von CHF 727.55).

Sie bezeichnet den gebotenen Zeitaufwand und die Bedeutung der Sache als überdurchschnittlich sowie die Schwierigkeit als durchschnittlich. Dem ist nicht zu folgen. Zwar kann im vorliegenden Fall der gebotene Zeitaufwand insbesondere aufgrund der eingereichten Projektänderungen und des durchgeführten Augenscheins als knapp überdurchschnittlich bewertet werden. Die Bedeutung der Streitsache ist jedoch entgegen dem Vorbringen der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin als höchstens knapp durchschnittlich einzustufen. Denn die geringfügige Veränderung der Grösse der strittigen Holzterrasse kann für den Betrieb der Beschwerdeführerin kaum existentiell sein. Auch mit Blick auf die geringen Baukosten bzw. die nun für die Wiederherstellung anfallenden Rückbaukosten ist vorliegend von einer knapp durchschnittlichen Bedeutung der Streitsache auszugehen. Schliesslich ist aufgrund der einzigen, umstrittenen Rechtsfrage betreffend die Grösse der Holzterrasse mit Blick auf die Gewährung einer Ausnahmegewilligung die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint eine Ausschöpfung des Rahmentarifs zu ca. 50 % und somit ein Honorar von CHF 6000.– als angemessen.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist²⁹ und somit die von ihrer Rechtsvertreterin auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuer

²⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

²⁷ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

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

²⁹ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>.

erabrechnung als Vorsteuer abziehen kann. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Die in der Kostennote der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin aufgeführte Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen³⁰ und die Parteikosten werden daher um die Mehrwertsteuer gekürzt. Diese betragen somit CHF 6332.60 (Honorar CHF 6000.–, Auslagen CHF 332.60). Davon hat das Regierungsstatthalteramt Thun der Beschwerdeführerin einen Achtel, ausmachend CHF 791.60, zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Projektänderung vom 5. August 2024 (gemäss dem Situationsplan und den Projektänderungsplänen «Grundriss», «Ostfassade», «Südfassade» sowie «Querschnitt A-A», alle vom 2. August 2024 und gestempelt vom Rechtsamt der BVD am 5. August 2024) wird bewilligt. Insofern ist die Beschwerde gegenstandslos geworden.

Im Übrigen wird der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramtes Thun vom 29. September 2023 bestätigt. Insofern wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Je ein Plansatz der Projektänderung vom 5. August 2024 geht an die Beschwerdeführerin und die Stadt Thun.
3. Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 2100.– zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Das Regierungsstatthalteramt Thun hat der Beschwerdeführerin Parteikosten im Umfang von CHF 791.60 (inkl. Auslagen, exkl. MwSt.) zu ersetzen.

³⁰ BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin D. _____, mit Beilage gemäss Ziff. 2, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, mit Beilage gemäss Ziff. 2, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Beilage: Plansatz der Projektänderung vom 5. August 2024