

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2017/16

Bern, 26. Oktober 2017

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____

Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____

und



Herrn **C.** _____

Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

sowie

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Thun vom 10. März 2017
(Fall Nr. 942/2017-0083; Lüftungskanäle)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner ist Eigentümer des Grundstücks Thun 1 Grundbuchblatt Nr. E._____. Auf diesem Grundstück befindet sich das Restaurant "F._____", für welches das Regierungsstatthalteramt Thun mit Gesamtbauentscheid vom 30. Juni 2009 die Gesamtbaubewilligung erteilte. Diese Bewilligung beinhaltete neben der Umnutzung des damaligen Verkaufslokals in ein Restaurant u.a. auch Umbauarbeiten im Innen- und Aussenbereich des bestehenden Gebäudes sowie die Erteilung der Betriebsbewilligung für das Restaurant. Am 6. Januar 2010 fand die Abnahme des fertig gebauten Restaurants "F._____" statt, woraufhin dessen Eröffnung auf den 7. Januar 2010 freigegeben wurde.

2. Im Februar 2017 meldete ein Vertreter der Beschwerdeführerin dem Bauinspektorat Thun, während einer kürzlich erfolgten Fassadenrenovation am Gebäude des Restaurants "F._____" seien Lüftungskanäle an der Aussenwand des Gebäudes montiert worden. Diese würden auf das benachbarte Grundstück der Beschwerdeführerin ragen. Der Vertreter der Beschwerdeführerin erkundigte sich, ob diese Anlagen baubewilligt seien. Das Bauinspektorat nahm daraufhin Abklärungen vor und stellte mit Verfügung vom 10. März 2017 fest, es bestehe aus baupolizeilicher Sicht kein Handlungsbedarf. Zur Begründung führte das Bauinspektorat aus, die Kanäle seien nicht erst mit der Fassadenrenovation gebaut, sondern bereits mit dem Gesamtbauentscheid des Regierungsstatthalteramtes Thun vom 30. Juni 2009 bewilligt worden. Am 6. Januar 2017 habe die Abnahme des Betriebs stattgefunden. Es könne davon ausgegangen werden, dass zu diesem Zeitpunkt die bewilligten Lüftungsleitungen montiert gewesen seien bzw. die Anlage betriebsbereit gewesen sei.

3. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 11. April 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und verlangt, das Bauinspektorat sei anzuweisen, die notwendigen baupolizeilichen Massnahmen hinsichtlich der Lüftungskanäle vorzunehmen.

Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin zusammengefasst geltend, während der kürzlich erfolgten Fassadenrenovation sei das Gebäude, in welchem sich das Restaurant befinde, eingerüstet und das Gerüst blickdicht abgedeckt gewesen. Die Restaurantfassade sei damit von aussen nicht einsehbar gewesen. Nachdem das Fassadengerüst entfernt worden war, seien dort zwei Lüftungskanäle und ein Kamin zum Vorschein getreten, welche auf das Grundstück der Beschwerdeführerin ragten. Die Beschwerdeführerin bringt sinngemäss vor, die Lüftungskanäle seien erst anlässlich dieser Fassadenrenovation erstellt worden. Weiter seien sie rechtswidrig, weil dafür weder eine Baubewilligung noch die Zustimmung der Beschwerdeführerin als Grundeigentümerin vorliege. Zwar seien auf den Fassadenplänen, welche dem Gesamtbauentscheid des Regierungsstatthalteramts Thun vom 30. Juni 2009 zugrunde liegen würden, zwei Lüftungsrohre ersichtlich. Mangels Zustimmung der Grundeigentümerin zum Bauvorhaben sei die Bewilligung aus dem Jahr 2009 hinsichtlich der eingezeichneten Lüftungsrohre jedoch nichtig. Der Kamin sei schliesslich überhaupt nicht in den Plänen eingezeichnet gewesen und könne daher ebenfalls nicht als bewilligt gelten.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten sowie die Akten des ursprünglichen Baubewilligungsverfahrens zum Restaurant "F._____" ein. Zudem holte es eine Stellungnahme des damals zuständigen Architekten ein und gab den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme dazu. In ihren Schlussbemerkungen anerkannte die Beschwerdeführerin, dass im Jahr 2009 zwei Lüftungskanäle errichtet worden seien. Im Übrigen hielt sie an ihren Ausführungen, insbesondere hinsichtlich des Neubaus des Kamins, fest.

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

¹ 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. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine Baupolizeiverfügung der Stadt Thun. Eine solche kann gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

Der Beschwerdegegner macht geltend, die Beschwerdeführerin habe allenfalls die 30-tägige Beschwerdefrist verpasst, weil die von ihr eingereichte Anwaltsvollmacht nicht korrekt unterzeichnet gewesen sei und die Beschwerde damit keine fristwahrende Wirkung habe entfalten können.

Bei einer mangelhaften oder fehlenden Unterschrift handelt es sich um einen verbesserlichen Mangel, weshalb die entsprechende Eingabe von der Behörde unter Ansetzung einer kurzen Nachfrist zur Verbesserung zurückzuweisen ist (vgl. Art. 33 VRPG³). Wird eine Eingabe innert der angesetzten Nachfrist in verbessertem Zustand eingereicht, gilt sie noch als rechtzeitig.⁴

Die Beschwerdeführerin wies in ihrer Beschwerde vom 11. April 2017 darauf hin, die Vollmacht des unterzeichnenden Rechtsanwalts werde nachgereicht. Nachdem diese Vollmacht beim Rechtsamt der BVE eingegangen war, machte das Rechtsamt die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 11. Mai 2017 darauf aufmerksam, dass die Vollmacht nicht korrekt unterschrieben ist. Weil es sich bei einer nicht korrekt unterzeichneten Vollmacht um einen verbesserlichen Mangel handelt, setzte das Rechtsamt der Beschwerdeführerin eine Nachfrist zur Verbesserung an. Die Beschwerdeführerin behob daraufhin den Mangel und reichte innerhalb der angesetzten

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ BVR 2000 S. 145 E. 2c, Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, S. 97 f.; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 16

Nachfrist eine korrekt unterschriebene Vollmacht ein. Die Beschwerde gilt mit Einhaltung dieser Nachfrist als rechtzeitig eingegangen; die Beschwerdefrist ist gewahrt.

b) Der Beschwerdegegner macht weiter geltend, der Beschwerdeführerin fehle es an einem Rechtsschutzinteresse für ihre Beschwerde. Die Beschwerdeführerin trete erst seit 2003 unter der Firma A._____ auf; vorher sei sie unter der Firma G._____ registriert gewesen. Nach der Umfirmierung habe eine Neugründung der G._____ stattgefunden, welche den Betriebsteil "Sanitär-, Heiz- und Lüftungsarbeiten" von der nunmehr umbenannten A._____ übernommen habe. Die umstrittenen Lüftungsrohre und der Kamin seien im Jahr 2009 von ebendieser G._____ errichtet worden. Verantwortlicher Verwaltungsrat und Ansprechperson der G._____ sei Herr H._____ gewesen. Dieser sei damals sowohl einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der G._____ als auch kollektivzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdeführerin gewesen. Zwischen der Unternehmung, welche die Lüftungskanäle erstellt habe (G._____) und der heutigen Beschwerdeführerin (A._____) habe also eine enge personelle und geschäftliche Verbundenheit bestanden. H._____ habe die Zustimmung, dass auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin gebaut werden dürfe, sogar davon abhängig gemacht, dass der Auftrag für die Lüftungsarbeiten an die G._____ gehe. Das heutige Handeln der Beschwerdeführerin verstosse damit gegen Treu und Glauben und sei rechtsmissbräuchlich.

Nach 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 Verfügung oder des Entscheids hat (Bst. c). Das ist dann der Fall, wenn jemand durch den Verwaltungsakt stärker als alle anderen betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht. Das geforderte Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde den Beschwerdeführenden eintragen soll, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für sie zur Folge hätte.⁵

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 65 N. 2, 5 und 8 f.; BGE 139 II 279 E. 2.2 m.w.H.; BVR 2009 S. 180 E. 2.2 m.w.H.

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung und Eigentümerin des Grundstücks Thun 1 Grundbuchblatt Nr. I._____, auf welchem sich die umstrittenen Lüftungsanlagen befinden, formell und materiell beschwert. Da die Anlagen unbestrittenermassen nach wie vor auf ihr Grundstück ragen, hat sie auch ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerde. Sie verfügt damit über ein rechtlich geschütztes Interesse im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VRPG und ist folglich legitimiert, eine Beschwerde einzureichen. Wie jede Rechtsausübung steht jedoch auch die Wahrnehmung des Beschwerderechts unter dem Vorbehalt des Handelns nach Treu und Glauben.⁶ Der Rechtsschutz wird allerdings nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch verweigert (Art. 2 Abs. 2 ZGB⁷). Ein solcher offener Rechtsmissbrauch ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen und im Zweifel das formelle Recht zu schützen.⁸ Aus der blossen Verbundenheit zwischen der G._____ und der Beschwerdeführerin lässt sich nicht automatisch der Schluss ziehen, die Lüftungsanlagen seien einerseits bereits im Jahr 2009 gebaut und andererseits mit Zustimmung der Beschwerdeführerin erstellt worden. Mit Einreichung der Beschwerde liegt folglich kein offener Rechtsmissbrauch vor. Es ist damit Aufgabe der angerufenen Behörde, die in der Beschwerde vorgebrachten Darstellungen zu prüfen, mithin Zeitpunkt und Umstände der Erstellung der Lüftungsanlagen zu ermitteln (vgl. Art. 18 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde zuzulassen.

Auf die beiden form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist einzutreten.

2. Baupolizeiliche Massnahmen im Allgemeinen

Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes kann nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, nur verlangt werden, wenn zwingende

⁶ Vgl. auch Entscheid des Obergerichts Schaffhausen OGE 60/2007/49 vom 3. August 2007 E. 1.b mit Verweis auf BGE 130 III 729 E. 2.1.1

⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 201)

⁸ Vgl. auch BGE 137 III 433 E. 4.4, m.w.H.

öffentliche Interessen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG). Ein rechtswidriger Zustand ist erkennbar, wenn er von der Behörde bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden können.⁹ Eine Wiederherstellung nach Ablauf der fünf Jahre ist zwingend, wenn für die Öffentlichkeit untragbare Verhältnisse bewirkt worden sind, wie Beeinträchtigungen der Umwelt, Störung des Ortsbildes, Eingriffe in eine schutzwürdige Landschaft und dergleichen.¹⁰ Zur Einhaltung der Frist ist es nicht notwendig, die Wiederherstellung zu verfügen. Es ist ausreichend, wenn die Baupolizeibehörde den betreffenden Eigentümer förmlich auffordert, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen.¹¹

Die Aufsicht über die Einhaltung der Bauvorschriften obliegt den Organen der Baupolizei. Sie hat namentlich die Bauvorhaben vor, während und nach der Bauausführung zu kontrollieren (Art. 45 Abs. 2 Bst. a BauG; Art. 47 Abs. 1 BewD¹²).

3. Gesamtbaubewilligung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 30. Juni 2009

a) Mit dem Gesamtbauentscheid aus dem Jahr 2009 hiess das Regierungsstatthalteramt Thun das im damaligen Verfahren eingereichte Baugesuch gut und bewilligte die entsprechenden Pläne.

b) Die damalige Bauherrschaft gab im Baugesuchsformular 2.0 (Technik) an, zwei Lüftungen aus Stahl mit einem Querschnitt von 60/40 mm und eine Lüftung für den Pizzaofen mit einem Querschnitt von 180 mm errichten zu wollen. Gemäss Angaben im Baugesuch überragen diese Anlagen die Oberkannte der Fassade jeweils um 1 m.¹³ Entsprechend bildet der Grundrissplan "Erdgeschoss" (Plan Nr. 010/1.1) an der Nordostfassade des Restaurants über Dach geführte Lüftungen bzw. Abluftkanäle ab, welche die Nachbarparzelle überragen. Ob zwei oder drei Lüftungskanäle eingezeichnet sind, lässt sich anhand der Darstellung im Grundrissplan allerdings nicht abschliessend beurteilen. Dieselben Lüftungsanlagen sind auch im Plan "Nordostfassade" (Plan Nr. 010/07) eingezeichnet. Dort ist zudem ersichtlich, dass die Anlagen durchgehend

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 46 N.11

¹⁰ BVR 2004 S. 442 E. 4.1.

¹¹ BVR 1998 S. 374; BVR 2004 S. 503 E. 4d.

¹² Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹³ Akten des Regierungsstatthalteramts Thun bbew 30/2009, pag. 11

senkrecht nach oben verlaufen sollen. Der Plan "Nordwestfassade" (Plan Nr. 010/06) stellt im Hintergrund ebenfalls zwei Lüftungskanäle an der Nordostfassade dar. Aus diesem Plan geht auch hervor, dass die Lüftungsanlagen das Gebäude wie im Baugesuch angegeben um je 1 m überragen sollen.

c) Den Baugesuchsunterlagen zum Restaurant "F._____" lässt sich also entnehmen, dass die Bauherrschaft in ihrem Baugesuch um die Bewilligung für zwei gleichartige Lüftungsanlagen sowie für einen Pizaoefenkamin ersuchte. Entsprechende Anlagen sind auf den Plänen eingezeichnet. Die Baubewilligung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 30. Juni 2009 umfasst damit u.a. ein Lüftungssystem an der Nordostfassade des Gebäudes, in welchem sich das Restaurant befindet. Die Pläne zeigen, dass die Lüftungsanlagen auf die Nachbarparzelle ragen. Ob diese Anlage zwei oder drei Kanäle umfasst, ist auf den Plänen dagegen nicht klar ersichtlich. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ändert dies indes nichts am Ergebnis der Beurteilung und kann damit offenbleiben.

4. Rechtskraft und Bestand der Gesamtbaubewilligung vom 30. Juni 2009

a) Die Beschwerdegegnerin macht geltend, weil die Lüftungen auf ihr Grundstück ragen würden, hätte sie gemäss Art. 10 Abs. 2 BewD dem Bauvorhaben unterschriftlich zustimmen müssen. Sie habe dies nicht getan und den Lüftungskanälen auch sonst nicht zugestimmt. Die Bewilligung aus dem Jahr 2009 erweise sich bezüglich der Lüftungsrohre daher als nichtig.

b) Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Fehlerhafte Verwaltungsakten sind aber in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig. Nichtigkeit wird nach der sogenannten Evidenztheorie nur angenommen, wenn der Mangel der Verfügung besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die

Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge; erforderlich ist hierzu ein ausserordentlich schwerwiegender Mangel.¹⁴

c) Die Grundeigentümer müssen im Baugesuch angegeben werden und das Baugesuch unterzeichnen (Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 BewD). Nach ständiger Rechtsprechung der BVE und des Verwaltungsgerichts handelt es sich beim Unterzeichnungserfordernis nach Art. 10 Abs. 2 BewD um eine Ordnungsvorschrift. Sinn und Zweck von Art. 10 Abs. 2 BewD ist es, unnötigen Verwaltungsaufwand und Verfahrensleerlauf zu verhindern. Die Norm will vermeiden, dass sich die Baubewilligungsbehörden mit Bauvorhaben befassen müssen, die aus zivilrechtlichen Gründen nie verwirklicht werden können, weil ihnen die Grundeigentümerschaft nicht zustimmt.¹⁵

d) Bereits aus der Rechtsnatur von Art. 10 Abs. 2 BewD als reine Ordnungsvorschrift ergibt sich, dass eine allfällige Verletzung dieser Bestimmung keinen derart schwerwiegenden Fehler darstellen kann, der die Nichtigkeit eines Bauentscheids zur Folge hat. Die Norm will unnötigen Verwaltungsaufwand im Bewilligungsverfahren vermeiden. Das Regierungsstatthalteramt Thun hat mit Erlass des Bauentscheids den Verwaltungsaufwand jedoch bereits getätigt. Wenn überhaupt, wäre der Gesamtbauentscheid anfechtbar gewesen. Die Einsprachefrist ist allerdings bereits seit mehreren Jahren abgelaufen. Die Bewilligung vom 30. Juni 2009 ist folglich in formeller und materieller Rechtskraft erwachsen.

5. Erstellung der Anlagen

a) Fotoaufnahmen in den Vorakten zur heutigen Situation zeigen, dass sich an der Nordostfassade des Restaurants insgesamt drei Lüftungskanäle befinden. Zwei davon sind optisch identisch und weisen dieselbe rechteckige Form auf. Die dritte Anlage befindet sich an der äussersten Position in Richtung Fassadenende, ist weniger breit als die beiden anderen Kanäle und verfügt über eine quadratische Form mit rundem Abschluss. Bei

¹⁴ BGer 1C_423/2012 vom 15. März 2013 E. 2.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 55 ff; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 49 N. 4a

¹⁵ Vgl. zum Ganzen BVR 2005 S. 130 E. 3.1; Monika Hintz, Zivilrechtliche Vorfragen im Baubewilligungsverfahren, in KPG-Bulletin 2/2014, S. 71 ff.

dieser dritten Anlage handelt es sich um den Kamin für den Pizzaofen, welcher sich gemäss Grundrissplan unmittelbar bei den Lüftungskanälen im Innern des Restaurants befindet.¹⁶ Die drei Kanäle wurden in engen Abständen zueinander gebaut und verlaufen parallel zueinander. Sie gehen zunächst senkrecht nach oben, verlaufen dann im Bereich des Dachübergangs allerdings parallel zur ca. 3 m langen Dachschräge. Am Ende der Dachschräge laufen die Kanäle wiederum senkrecht nach oben aus. Alle drei Lüftungskanäle ragen über das Gebäude hinaus.¹⁷

b) Der Beschwerdegegner schloss mit der G._____ am 10. August 2009 einen Werkvertrag betreffend Lüftungsanlagen ab.¹⁸ Bestandteil des Vertrags waren u.a. zwei Fortluftanlagen an der Nordfassade des Restaurants.¹⁹ Der damals zuständige Architekt, Herr J._____, liess der G._____ zudem Fassadenansichten zukommen, in welchen sowohl Lüftungs- als auch Kaminkanäle eingezeichnet waren.²⁰ Am 8. Februar 2010 stellte die G._____ dem Beschwerdegegner eine Schlussrechnung für die ausgeführten Arbeiten aus. Aus dieser Schlussrechnung geht hervor, dass von der G._____ an der Nordfassade Kanalführungsarbeiten gemacht worden sind. Wegen erschwelter Kanalführung stellte die G._____ einen Mehrpreis in Rechnung.²¹ Diese Schlussrechnung sowie der Werkvertrag beweisen, dass Lüftungsanlagen im 2009 nicht nur geplant, sondern tatsächlich auch erstellt worden sind. Zumindest für die zwei gleichartigen Lüftungsanlagen anerkennt dies nun auch die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen. Es müssen jedoch nicht nur diese beiden Lüftungsanlagen 2009 erstellt worden sein, sondern auch der Kamin des Pizzaofens: Die Fotos der Vorakten zeigen, dass sich der Pizzaofenkamin optisch nicht von den unbestritten vorbestehenden Lüftungskanälen unterscheidet. Material, Farbe und Zustand aller drei Anlagen sind identisch. Wäre der Kamin tatsächlich erst sieben oder acht Jahre später als die zwei anderen Anlagen erstellt worden, müsste bereits aufgrund witterungsbedingter Verfärbungen ein optischer Unterschied zwischen den Anlagen zu erkennen sein. Der Pizzaofenkamin fügt sich zudem genau in den Freiraum zwischen der Dachschräge einerseits und der parallel verlaufenden Lüftungsanlage andererseits ein, was ebenfalls für

¹⁶ Grundrissplan "Erdgeschoss" (Plan Nr. 010/1.1)

¹⁷ Vorakten, pag. 20-23 und pag. 44-47

¹⁸ Nicht nummerierte Beilage zur Stellungnahme von J._____ vom 9. August 2017

¹⁹ Beilage 1 zur Stellungnahme von J._____ vom 9. August 2017

²⁰ Vgl. Stellungnahme von J._____ vom 9. August 2017: Beilage Lieferschein/Kurzbrief vom 17. November 2009

²¹ Beilage 1 zur Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners vom 16. Mai 2017

eine gleichzeitige Errichtung aller Anlagen spricht. Im Übrigen liess J._____ der G._____, wie erwähnt, Fassadenansichten mit Lüftungs- und Kaminkanälen zukommen. Schliesslich fand am 6. Januar 2010 die Abnahme des Restaurants statt, an welcher neben dem Gewerbeinspektor u.a. auch zwei Vertreter des Bauinspektorats anwesend waren. Dem Restaurant wäre bei dieser Abnahme die Freigabe nicht erteilt worden, hätte es über kein Lüftungssystem verfügt. Dasselbe gilt auch für den Kamin: Das Fehlen eines Abzugs für den Pizzaofen wäre bei der Kontrolle vom 6. Januar 2010 festgestellt und bemängelt worden. Aus dem Abnahmeprotokoll geht jedoch keine solche Feststellung hervor. Zusammengefasst ergibt sich, dass alle Anlagen zum Zeitpunkt der Abnahme am 6. Januar 2010 vorhanden waren.

6. Rechtmässigkeit der Anlagen / Wiederherstellung

a) Die für das Bauvorhaben erforderliche Bewilligung darf nicht überschritten werden. Als Überschreitung gilt jede Abweichung vom bewilligten Bauprojekt, die ihrerseits bewilligungsbedürftig wäre.²²

b) Aus dem bisher Gesagten folgt, dass im Jahr 2009 Lüftungskanäle bewilligt wurden, die auf die Nachbarparzelle ragen. Die erstellten Anlagen stimmen aber nicht vollständig mit den bewilligten Plänen überein. Während die Lüftungsanlagen in den Plänen über die ganze Länge senkrecht dargestellt werden, verlaufen die Anlagen in Wirklichkeit im Bereich des Dachansatzes parallel zur Dachschräge. Sodann ist fraglich, ob auf den Plänen tatsächlich drei Anlagen eingezeichnet sind oder ob der Pizzaofenkamin fehlt. Ob damit eine Überschreitung der rechtskräftigen Bewilligung vorliegt und ob dies für alle drei Kanäle gelten würde, braucht indes nicht beantwortet zu werden. Wie eingangs dargelegt, kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, nur noch dann verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern (vgl. E. 2.a). Alle drei Anlagen waren zum Zeitpunkt der Abnahme des Restaurants am 6. Januar 2010 vorhanden. An der Abnahme waren neben den Parteien der Gewerbeinspektor, eine Sachbearbeiterin des Gewerbeinspektorats, zwei Vertreter des Bauinspektorats sowie ein Vertreter des Tiefbauamtes anwesend. Mit den Sachbearbeitern des Bauinspektorats waren somit Vertreter der für baupolizeiliche Angelegenheiten zuständigen Behörde vor Ort. Allfällige gesetzeswidrige Zustände wie das Fehlen von Überbaurechten oder das Erstellen von in

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 6

den Plänen nicht oder anders vorgesehenen Anlagen hätten spätestens bei dieser Abnahme erkannt werden können und müssen. Im Übrigen würde die Fünfjahresfrist selbst dann zu laufen beginnen, wenn die Baupolizeibehörde die Kontrolle über die Einhaltung der Baubewilligung nach Vollendung der Bauarbeiten nicht wahrgenommen hätte.²³ Die Fünfjahresfrist zur Wiederherstellung ist also mittlerweile abgelaufen. Zwingende öffentliche Interessen an der Wiederherstellung sind keine ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend gemacht. Die Wiederherstellung hat folglich so oder anders zu unterbleiben.

7. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat somit die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²⁴).

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 PKV²⁵ 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 KAG²⁶). Der Anwalt des Beschwerdegegners macht ein Honorar von Fr. 5'112.80.–, Auslagen von Fr. 181.40 und Mehrwertsteuern geltend. Im vorliegenden Fall ist allerdings der gebotene Zeitaufwand

²³ BVR 2004 S. 440 E. 4.4 und 4.5

²⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²⁵ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

²⁶ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

nur als knapp durchschnittlich zu werten und die Bedeutung der Streitsache sowie die Schwierigkeit des Prozesses sind nur als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint eine Ausschöpfung des Gebührenrahmens zu einem Drittel und somit ein Honorar von Fr. 4'200.– als angemessen. Der Beschwerdeführer hat somit den Beschwerdegegnern Parteikosten von Fr. 4'731.90 zu ersetzen (Honorar Fr. 4'200.–, Auslagen Fr. 181.40, Mehrwertsteuern 350.50).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die baupolizeiliche Verfügung der Stadt Thun vom 10. März 2017 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführerin hat dem Beschwerdegegner Parteikosten im Betrag von Fr. 4'731.90 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin