

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2017/41

Bern, 23. Januar 2018

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt H. _____

und

BHG G. _____ **strasse**, c/o B. _____, bestehend aus:

C. _____
von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 1

B. _____
von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 2

Herrn **D.** _____
von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligter 3

Herrn **E.** _____
von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligter 4

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F. _____

sowie

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Thun vom 3. Juli 2017 (Fall Nr.
942/2015-0442; Bachumlegung)



I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2009 erteilte die Stadt Thun der Bauherrengemeinschaft (BHG) G._____strasse, bestehend aus den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3, die Baubewilligung für das Erstellen eines Mehrfamilienhauses mit zwei freistehenden Carports sowie eines Einfamilienhauses mit integriertem Autounterstand auf Parzelle Thun 2 (Strättligen) Grundbuchblatt Nr. I._____ (heute Nr. I._____ und J._____). Die Parzelle liegt in der Wohnzone W2. Die Baubewilligung umfasste auch eine Umlegung des G._____bächleins (teilweise auch als M._____bächlein bezeichnet). In den Bedingungen und Auflagen des Gesamtentscheids wird für die Umgebung in Ziff. 6.1 auf den Fachbericht Strassenanschluss vom 4. Mai 2009 des Tiefbauamts der Stadt Thun verwiesen; für Bauten im oder am Wasser wird in Ziff. 10.1 auf den Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 17. April 2009 des Obergeringenieurkreises I (OIK I) und in Ziff. 10.2 auf den Amtsbericht Fischerei und Naturschutz vom 15. April 2009 des Fischereiinspektorats (FI) verwiesen. In Ziff. 4.7 des Fachberichts Strassenanschluss vom 4. Mai 2009 des Tiefbauamts der Stadt Thun wird als Auflage verlangt, dass das Wasserbauprojekt vor Baubeginn dem Tiefbauamt zur Genehmigung vorzulegen ist und ohne Genehmigung mit den Arbeiten nicht begonnen werden darf. In Ziff. 4.4 des Amtsberichts Wasserbaupolizei vom 17. April 2009 des OIK I wird als Auflage verlangt, dass die Gestaltung des Gewässerraums während der Bauphase mit der Stadt Thun, die für die Oberflächengewässer zuständig ist, sowie mit dem Strasseninspektorat Amt Thun / Wasserbauingenieur und dem Fischereiaufseher im Detail festzulegen ist, wobei den Anweisungen der Amtsstellen Folge zu leisten ist. In Ziff. 4.7 des Amtsberichts Fischerei und Naturschutz vom 15. April 2009 des FI wird als Auflage verlangt, dass zwecks Baubegleitung eine Musterstrecke von ca. 20 m anzulegen ist, welche von der Stadt Thun, dem OIK I und dem Fischereiaufseher abzunehmen ist.

2. Nachdem das Bauinspektorat Thun durch Hinweise aus der Bevölkerung darauf aufmerksam gemacht wurde, dass beim G._____bächlein im Bereich der Bauparzelle Ableitungsprobleme und Überschwemmungen aufgetreten seien, stellte das Bauinspektorat mit Schreiben vom 11. September 2015 fest, bei der Realisierung des mit Gesamtentscheids vom 14. Dezember 2009 bewilligt Vorhabens seien bei der Bachumlegung die oben genannten Auflagen nicht eingehalten worden. Erwartet werde die

Nachreichung des Wasserbauprojekts inklusive einer detaillierten Darstellung des Ist-Zustands. Im Sinne des rechtlichen Gehörs gab die Stadt Thun den Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern der Parzelle Nr. J._____ vor Erlass einer allfälligen Wiederherstellungsverfügung die Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese Gelegenheit nahm die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 22. Januar 2016 wahr. Sie beantragte, das Verfahren sei als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben. Eventualiter seien die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 zum Verfahren beizuladen und das Verfahren bis auf weiteres einzustellen.

Mit Schreiben vom 5. Februar 2016 gab das Bauinspektorat der Stadt Thun auch den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 Gelegenheit zur Stellungnahme. Zudem forderte das Bauinspektorat den OIK I, das FI und das Tiefbauamt der Stadt Thun zur Stellungnahme auf.

In Kenntnis dieser Stellungnahmen forderte das Bauinspektorat der Stadt Thun die Beschwerdeführerin mit baupolizeilicher Verfügung vom 16. Juni 2016 auf, einen detaillierten Ausführungsplan des Ist-Zustands der ausgeführten Bachumlegung ("Wasserbauprojekt") mit einem definierten Mindestinhalt einzureichen. Mit Schreiben vom 29. September 2016 reichte die Beschwerdeführerin eine Zustandsdokumentation "Verlegung G._____" der K._____ AG vom 17. August 2016 (Datum der Unterschrift) bzw. 23. Oktober 2016 (Datum der Version 3.0) ein. Dieser Bericht war im Auftrag der BHG G._____strasse erstellt worden. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2016 beantragte die Beschwerdeführerin, die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 seien zum Baupolizeiverfahren beizuladen. Mit Schreiben vom 8. November 2016 forderte das Bauinspektorat den OIK I und das FI auf, zur Zustandsdokumentation Stellung zu nehmen und mitzuteilen, ob die Bachumlegung materiell korrekt ausgeführt worden sei. Über die beantragte Beiladung werde zu einem späteren Zeitpunkt entschieden.

In Kenntnis der Stellungnahmen des OIK I und des FI und nach Gewährung des rechtlichen Gehörs erliess das Bauinspektorat der Stadt Thun am 3. Juli 2017 eine baupolizeiliche Verfügung mit folgendem Inhalt:

- "1. Die BHG G._____ (...) wird hiermit zum Verfahren beigegeben. (...)
2. Folgende erweiterten Angaben und Nachbesserungen zur Zustandsdokumentation vom 23. Oktober 2016 ist durch die A._____ innert 3 Monaten zu erbringen:

- Angaben zum massgeblichen Hochwasserabfluss und das Verhalten des Systems bei entsprechender Belastung. Damit soll die Dokumentation der bestehenden Situation vervollständigt werden.
 - Ergänzende Angaben gemäss den Fragestellungen der bisherigen Berichte vom OIK I und der Fischereipolizei.
 - Aufgrund der vervollständigten Dokumentation und der bisherigen Berichte vom OIK I und der Fischereipolizei sind zudem Massnahmen zu benennen, um die bestehende Situation zu verbessern. Hierzu sind entsprechende Varianten aufzuzeigen.
3. Die erweiterten Angaben und Nachbesserungen gemäss Punkt 2 sind beim OIK I (...) im Vorfeld als Entwurf vorprüfen zu lassen und nötigenfalls zu verbessern, bevor diese definitiv beim Bauinspektorat Thun eingereicht werden.
 4. Werden die Punkte 2 und 3 innert der gesetzten Frist nicht vollständig umgesetzt, wird die Baupolizeibehörde zur Ersatzvornahme schreiten und die angeordneten Massnahmen auf Kosten der Stockwerkeigentümergeinschaft durch Dritte ausführen lassen.
 5. (...)
 6. Die Kosten für diese Verfügung betragen Fr. 471.00 und werden der A. _____ auferlegt. Die Rechnungsstellung erfolgt mit separater Post.
- (...)"

3. Gegen die Verfügung vom 3. Juli 2017 reichte die Beschwerdeführerin am 28. Juli 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt in Ziff. 1 ihrer Rechtsbegehren die Aufhebung der Ziff. 2, 3, 4 und 6 der angefochtenen Verfügung. In Ziff. 2 ihrer Rechtsbegehren beantragen sie, das Bauinspektorat der Stadt Thun sei zu verpflichten, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären; eventualiter seien die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 solidarisch und der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 4 zu verpflichten, die erweiterten Angaben und Nachbesserungen zur Zustandsdokumentation innert 30 Tagen zu erbringen. In Ziff. 3 ihrer Rechtsbegehren beantragen sie, die vorinstanzlichen Kosten für die angefochtene Verfügung seien den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 solidarisch aufzuerlegen. In Ziff. 1 ihrer Verfahrensanhänge verlangen sie, der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 4 sei zum Baupolizeiverfahren beizuladen.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Stadt Thun stellt in ihrer Stellungnahme vom 31. August 2017 keinen Antrag. Die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 beantragen in ihrer Beschwerdeantwort vom

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)

4. September 2017, das Eventualbegehren zu Rechtsbegehren Ziff. 2, das Rechtsbegehren Ziff. 3 und der Verfahrensantrag Ziff. 1 seien abzuweisen. Der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 4 hat sich nicht vernehmen lassen. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Die angefochtene Verfügung vom 3. Juli 2017 wurde von der Stadt Thun im Rahmen eines baupolizeilichen Verfahrens erlassen. Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde grundsätzlich zuständig.

b) Allerdings ordnet die Verfügung, soweit sie angefochten wurde, lediglich eine Beweismassnahme sowie die Kostenverlegung für die Verfügung an und schliesst damit das Baupolizeiverfahren weder ganz noch teilweise ab. Somit handelt es sich um eine andere Zwischenverfügung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 und 3 VRPG³. Solche Verfügungen sind dann selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 61 Abs. 3 VRPG).

Die Beschwerdeführerin bringt nichts zur Frage der selbständigen Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung vor. Sie wurde in der Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Verfügung aber auch nicht auf die zusätzlichen Voraussetzungen für eine selbständige Anfechtung aufmerksam gemacht. Insofern ist die Rechtsmittelbelehrung nicht vollständig.⁴ Eine unvollständige Rechtsmittelbelehrung verschafft jedoch keine zusätzliche

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

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

⁴ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 44 N. 26

Anfechtungsmöglichkeit, d.h. die Voraussetzungen für eine selbständige Anfechtung müssen vorliegend trotzdem gegeben sein.

c) Inwiefern die Gutheissung der Beschwerde hier sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen könnte, ist nicht erkennbar. Die Beschwerdeführerin bestreitet den zusätzlichen Abklärungsbedarf nicht, sondern macht geltend, dass die zusätzlichen Abklärungen entweder von der Stadt Thun oder den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 vorzunehmen seien.

d) Unter einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil wird ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Zwischenverfügung verstanden. Dabei ist ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der sofortigen Anfechtung bereits gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag. Dabei muss es sich nicht um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, es genügt ein bloss wirtschaftliches Interesse. So können (hohe) Kosten verlangter Abklärungen die sofortige Anfechtung rechtfertigen.⁵

Im vorliegenden Fall hat die Stadt Thun angeordnet, dass die Beschwerdeführerin erweiterte Angaben und Nachbesserungen zur Zustandsdokumentation zu erbringen habe. Da die Beschwerdeführerin verpflichtet wird, die weiteren Abklärungen vorzunehmen, fallen auch die damit verbundenen Kosten bei ihr an. Die Beschwerdeführerin dürfte kaum in der Lage sein, die verlangten Abklärungen selber vorzunehmen. Auch die Vorinstanz scheint davon auszugehen, wenn sie in Ziff. B der angefochtenen Verfügung die Beauftragung eines Wasserbaufachmanns erwähnt. Die Beschwerdeführerin müsste somit voraussichtlich als Auftraggeberin die Kosten eines Wasserbaugutachtens bezahlen. Für den Fall, dass die zusätzlichen Abklärungen nicht innert der gesetzten Frist vollständig umgesetzt werden, hat die Vorinstanz in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung angedroht, die angeordneten Massnahmen auf Kosten der Beschwerdeführerin durch Dritte ausführen zu lassen. Die Kosten für die zusätzlichen Abklärungen sind also gemäss angefochtener Verfügung letztlich in jedem Fall von der Beschwerdeführerin zu tragen. Wie hoch die Kosten sein werden, ist nicht bekannt, zumal in Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung bereits eine Pflicht zur Nachbesserung vorgesehen ist. Sie dürften aber jedenfalls nicht unerheblich sein. Als Träger dieser Kosten hat die Beschwerdeführerin ein hinreichendes

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 61 N. 5

wirtschaftliches Interesse an der sofortigen Anfechtung der Zwischenverfügung. Mit einem günstigen Endentscheid kann dieser Nachteil nicht mehr korrigiert werden. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde wird daher eingetreten.

2. Nichteinhaltung von Auflagen

a) Hintergrund des vorliegenden Baupolizeiverfahrens ist der Umstand, dass die Vorinstanz Auflagen aus dem Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2009 dadurch verletzt sieht, dass die im Grundsatz bewilligte Bachumlegung ohne genehmigtes "Wasserbauprojekt" erfolgt sei. Unter "Wasserbauprojekt" sei hier ein detaillierter Ausführungsplan zu verstehen, welcher anhand der konkret zu erhebenden Situation vor Ort hätte ausgearbeitet werden müssen. Die Vorinstanz betrachtet demnach die Auflage in Ziff. 4.7 des Fachberichts Strassenanschluss vom 4. Mai 2009 des Tiefbauamts der Stadt Thun als nicht erfüllt, wonach das Wasserbauprojekt vor Baubeginn dem Tiefbauamt zur Genehmigung vorzulegen sei und ohne Genehmigung mit den Arbeiten nicht begonnen werden dürfe.

Aus der Verfügung der Vorinstanz vom 16. Juni 2016 ergibt sich zwar, dass diese auch die weiteren Auflagen im Zusammenhang mit der Bachumlegung in Ziff. 4.4 des Amtsberichts Wasserbaupolizei vom 17. April 2009 des OIK I und in Ziff. 4.7 des Amtsberichts Fischerei und Naturschutz vom 15. April 2009 des FI als nicht erfüllt betrachtet. Allerdings ist die Anlegung einer Musterstrecke von ca. 20 m heute kein Thema mehr, womit die Auflage in Ziff. 4.7 des Amtsberichts Fischerei und Naturschutz vom 15. April 2009 des FI ungeachtet dessen, ob sie eingehalten wurde, obsolet geworden ist. Und die Gestaltung des Gewässerraums ist ohnehin Gegenstand des verlangten "Wasserbauprojekts", sprich eines detaillierten Ausführungsplans des Ist-Zustands, so dass auch die Auflage in Ziff. 4.4 des Amtsberichts Wasserbaupolizei vom 17. April 2009 des OIK I ungeachtet ihrer Einhaltung im vorliegenden Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung hat. Letztlich besteht die Verletzung von Auflagen aus dem Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2009 somit darin, dass gemäss Vorinstanz kein genehmigtes Wasserbauprojekt vorliegt, welches aus einem detaillierten Ausführungsplan der Bachumlegung bestehen müsste.

b) Anders als die Beschwerdeführerin bestreitet die BHG G._____strasse in ihrer Beschwerdeantwort vom 4. September 2017, dass Auflagen aus dem Gesamtentscheid

vom 14. Dezember 2009 nicht umgesetzt worden seien. Sie hätten den zuständigen Amtsvertretern und insbesondere dem Vertreter des Tiefbauamts das Projekt vor Ort präsentiert. Dabei sei das Projekt für gut befunden worden und es seien keine weiteren Ausführungen und/oder Pläne verlangt worden. Damit habe das Tiefbauamt das Wasserbauprojekt vor Ort genehmigt. Als Beleg verweisen sie auf ein Schreiben des ehemaligen Verfahrensleiters der Baudirektion Thun.⁶

Aus diesem Schreiben des ehemaligen Sachbearbeiters und Verfahrensleiters der Baudirektion Thun vom 22. Mai 2017 geht zwar hervor, dass die Ausführung der Bachumlegung mit Vertretern des OIK I, des Fischereiaufsehers, des Tiefbauamts der Stadt Thun und des Bauinspektorats der Stadt Thun vor Ort besprochen worden sei. Im Übrigen bleibt das Schreiben jedoch vage. So lässt sich ihm beispielsweise nicht entnehmen, ob die erwähnte Besprechung vor oder nach Erteilung der Baubewilligung stattgefunden hat. Eine eindeutige und damit verwertbare Aussage enthält das Schreiben höchstens für die Auflage, auf das Anlegen einer 20 m langen Musterstrecke sei einvernehmlich verzichtet worden. Das Anlegen einer Musterstrecke steht heute jedoch ohnehin nicht mehr zur Diskussion.

Soweit die BHG G._____strasse bestreitet, dass sie die Auflage, wonach die Gestaltung des Gewässerraums während der Bauphase mit der Stadt Thun, dem Wasserbauingenieur und dem Fischereiaufseher im Detail festzulegen ist, nicht eingehalten habe, muss nicht weiter auf das Schreiben vom 22. Mai 2017 eingegangen werden. Die Gestaltung des Gewässerraums ist ohnehin Gegenstand des verlangten "Wasserbauprojekts", sprich eines detaillierten Ausführungsplans mit der Widergabe des Ist-Zustands, so dass diese Auflage ungeachtet ihrer Einhaltung im vorliegenden Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung hat.

c) Hinsichtlich der hier relevanten Auflage, wonach das Wasserbauprojekt vor Baubeginn dem Tiefbauamt zur Genehmigung vorzulegen ist und ohne Genehmigung mit den Arbeiten nicht begonnen werden darf, lässt sich dem Schreiben vom 22. Mai 2017 lediglich entnehmen, dass die Ausführung vor Ort besprochen worden sei und dabei keine weiteren Pläne verlangt worden seien. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass die mit Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2009 rechtskräftig verfügte Auflage bereits erfüllt

⁶ Beilage 2 zur Beschwerdeantwort vom 4. September 2017

worden ist, zumal sich aus dem Schreiben explizit ergibt, dass sein Verfasser gerade nicht für die Überprüfung der Ausführung und Umsetzung der Auflagen zuständig war. Gemäss Schreiben vom 22. Mai 2017 war das Bächli ursprünglich entlang der G._____strasse geplant. Diese Linienführung sei jedoch von der Stadt Thun abgelehnt worden. Deshalb sei eine Linienführung zwischen der Parkierungsanlage und dem Mehrfamilienhaus "auferlegt" worden. Denkbar wäre somit, dass man sich anlässlich der im Schreiben angesprochenen Besprechung vor Ort lediglich auf die Grundzüge der Bachumlegung geeinigt hat. Dass dafür keine weiteren Pläne verlangt wurden, ist plausibel.

Nicht plausibel ist jedoch die Annahme, man habe damit auf jegliche Detailpläne zur Bachumlegung verzichtet. Dies schon alleine aus dem Grund, dass ohne solche Pläne nicht überprüft werden konnte und kann, ob die Bachumlegung entsprechend dem angeblich genehmigten Projekt umgesetzt worden ist. Zudem konnte ohne Detailpläne nicht geprüft werden, ob die Bachumlegung den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Die BHG G._____strasse vermag kein genehmigtes Wasserbauprojekt mit entsprechenden genehmigten Detailplänen der Bachumlegung vorzulegen. Demzufolge vermag sie nicht nachzuweisen, dass die rechtskräftig verfügte Auflage, wonach das Wasserbauprojekt vor Baubeginn dem Tiefbauamt zur Genehmigung vorzulegen sei und ohne Genehmigung mit den Arbeiten nicht begonnen werden dürfe, erfüllt wurde. Für die Einhaltung der Auflagen aus der Baubewilligung ist die Bauherrschaft beweispflichtig. Sofern sie die entsprechenden Beweise nicht liefern kann, hat sie daher die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, d.h. es ist davon auszugehen, dass die Auflage nicht eingehalten worden ist. Eine anders lautende baupolizeiliche Selbstdeklaration vermag daran nichts zu ändern, zumal gemäss dieser Selbstdeklaration die Umgebungsarbeiten noch nicht fertiggestellt waren.⁷ Auch aus der Stellungnahme des Tiefbauamts der Stadt Thun vom 28. April 2016, welches die fragliche Auflage in seinem Fachbericht Strassenanschluss vom 4. Mai 2009 verlangt hat, geht klar hervor, dass diese Auflage nicht erfüllt wurde.⁸ Demzufolge ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Zusammenhang mit der nicht erfüllten Auflage ein Baupolizeiverfahren eingeleitet hat.

d) Von der von BHG G._____strasse angebotenen Zeugeneinvernahme von Herrn L._____, der gemäss eigener Aussage nicht für die Überprüfung der Umsetzung der

⁷ Vorakten, pag. 145

⁸ Vorakten, pag. 93

Auflagen zuständig war, sind diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Auf die Einholung dieses Beweismittels kann daher verzichtet werden.

3. Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Stadt Thun sei gesetzlich verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Angesichts dieser Untersuchungsmaxime sei keine gesetzliche Grundlage vorhanden, die Beschwerdeführerin zur Sachverhaltsabklärung zu verpflichten. Daran vermöge auch die Mitwirkungspflicht der Parteien nichts zu ändern. Diese beschränke sich auf Tatsachen, welche die Parteien besser kenne als die Behörde und welche die Behörde nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnte. Da vorliegend ein Wasserbauingenieur beigezogen werden müsse, sei diese Voraussetzung nicht erfüllt. Mit der bisherigen freiwilligen Kooperation habe die Beschwerdeführerin eine allfällige Mitwirkungspflicht längst mehr als erfüllt, die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu weiteren Sachverhaltsabklärungen sei unzumutbar. Erst recht zu weit gehe die Verpflichtung in Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung, die Sachverhaltsabklärung vorab durch den OIK I prüfen zu lassen. Damit werde der Beschwerdeführerin die Verfahrensführung auferlegt, was Aufgabe der Vorinstanz sei. Folglich seien die Ziff. 2 und 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären.

b) Die BHG G._____strasse verzichtet in ihrer Beschwerdeantwort in diesem Zusammenhang auf einen Antrag und äussert sich dementsprechend grundsätzlich auch nicht zur Frage der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen. Allerdings pflichtet sie der Beschwerdeführerin mit Hinweis auf den Untersuchungsgrundsatz bei, dass die Sachverhaltsermittlung nicht an die Parteien delegiert werden könne.

c) Weder die Beschwerdeführerin noch die BHG G._____strasse bestreiten, dass die von der Vorinstanz in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung angeordneten Sachverhaltsabklärungen notwendig und sachlich sinnvoll sind. Umstritten ist lediglich, wer diese Abklärungen vorzunehmen hat.

Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Sie bestimmen Art und Umfang der Ermittlungen, ohne an die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein

(Art. 18 Abs. 1 und 2 VRPG). Für die Sachverhaltsermittlung gilt somit der Untersuchungsgrundsatz. Er bedeutet, dass der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären ist. Fehlendes ist einzuverlangen. Die Behörde hat nach der materiellen Wahrheit (wirklichen Sachlage) zu suchen und darf sich nicht mit der formellen (d.h. sich aus den eingebrachten Informationen ergebenden) Wahrheit zufrieden geben.⁹ Wie der Sachverhalt abzuklären ist und wer welche Abklärungen vorzunehmen hat, dazu äussert sich der Untersuchungsgrundsatz nicht. Wenn die Stadt Thun in der angefochtenen Verfügung von der Beschwerdeführerin weitere Angaben und Nachbesserung zu ihrer Zustandsdokumentation verlangt, steht dies somit nicht in Widerspruch zum Untersuchungsgrundsatz. Vielmehr kommt die Vorinstanz gerade damit ihrer Pflicht nach, den Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären.

Dementsprechend ist die gesetzliche Grundlage für das Verlangen der Vorinstanz in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung nicht in der Mitwirkungspflicht von Art. 20 VRPG zu sehen. Durch die Mitwirkungspflicht wird der Amtsbetrieb eingeschränkt, indem die instruierende Behörde nicht gehalten ist, weitere Abklärungen zu treffen, wenn ein Sachumstand von einer Partei zu ihrem Vorteil aufgeheilt werden könnte, sie aber die ihr mögliche und zumutbare Mitarbeit unterlässt. An der Mitwirkungspflicht findet der Untersuchungsgrundsatz somit seine vernünftige Grenze.¹⁰ Dies ist hier gerade nicht der Fall, da Ziff. 2 eine Instruktionsmassnahme enthält. Der Amtsbetrieb erfährt dadurch keine Einschränkung, was besonders Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung deutlich macht.

Die gesetzliche Grundlage für das Verlangen der Vorinstanz in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung findet sich in Art. 19 Abs. 1 Bst. c VRPG, wonach die Behörden zur Feststellung des Sachverhalts insbesondere Auskünfte der Parteien oder Dritter heranziehen können. Im Zusammenhang mit der Notwendigkeit eines Lärmgutachtens hat das Verwaltungsgericht explizit klargestellt, die Behörde sei nicht verpflichtet, die erforderlichen Untersuchungen selber durchzuführen oder in Auftrag zu geben. Sie kann vielmehr von der verantwortlichen Partei ein Lärmgutachten verlangen.¹¹ Das Verlangen der Vorinstanz in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung beinhaltet erweiterte Angaben und Nachbesserungen zur Zustandsdokumentation vom 17. August 2016, die bereits im Auftrag der BHG G. _____ strasse erstellt und von der Beschwerdeführerin eingereicht wurde und die der

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 18 N. 1

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 20 N. 1

¹¹ VGE Nr. 22986 vom 13. Februar 2008 E. 4.2

Erfüllung einer Auflage aus einer Baubewilligung dient. Die Baupolizeibehörde ist nicht verpflichtet, diese Abklärungen selber vorzunehmen, sondern kann dazu die verantwortliche Partei verpflichten. Dies lässt sich aus dem Störerprinzip ableiten: Der Störer ist nicht nur verpflichtet, die Störung letztlich zu beseitigen, sondern auch vorgängig die dazu nötigen Abklärungen vorzunehmen.

d) Mit der Verpflichtung in Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung, die Sachverhaltsabklärung gemäss Ziff. 2 vorab durch den OIK I prüfen zu lassen, erteilt das Bauinspektorat klare Anweisungen für den weiteren Verfahrensverlauf. Insbesondere nimmt es damit seine Verpflichtung einer effizienten Verfahrensinstruktion wahr. Die Alternative sähe so aus, dass die Beschwerdeführerin die nachgebesserte Zustandsdokumentation dem Bauinspektorat der Stadt Thun einreichen würde, dieses die Dokumentation dem OIK I zur Stellungnahme zustellen würde und das Bauinspektorat anschliessend die Dokumentation entsprechend der Rückmeldung des OIK I von der Beschwerdeführerin erneut nachbessern lassen würde. Damit wäre niemandem gedient, insbesondere ist auch nicht erkennbar, welchen Vorteil die Beschwerdeführerin daraus ziehen würde. Sie vermag denn auch keinen solchen zu benennen. Der Vorwurf, mit Ziff. 3 werde die Verfahrensführung der Beschwerdeführerin auferlegt, ist somit unbegründet und die Beschwerde wird insoweit abgewiesen.

4. Abklärungspflichtige

a) Für den Fall, dass nicht das Bauinspektorat der Stadt Thun verpflichtet werde, den Sachverhalt selber abzuklären, macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei als Grundeigentümerin blosser Zustandsstörerin. Im Baupolizeiverfahren gelte das Störerprinzip. Danach habe sich das Baupolizeiverfahren und eine allfällige Wiederherstellungsverfügung in erster Linie gegen den ursächlichen Verhaltensstörer zu richten, welcher die allfällige Widerrechtlichkeit verursacht habe und dafür verantwortlich sei. Vorliegend sei die Bauherrschaft Planerin, Bewilligungsnehmerin und eben Bauherrin gewesen. Daher sei sie als Verhaltensstörerin für das Baupolizeiverfahren verantwortlich, weshalb das Verfahren gemäss Störerprinzip gegen die Bauherrschaft und den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 4 als dem bauführenden Architekten als einfache Streitgenossenschaft zu führen sei. Komme hinzu, dass die Bauherrschaft mit ihren mehrheitlich fachlich qualifizierten Gesellschaftern und der bauführende Architekt

weit besser als die Beschwerdeführerin geeignet seien, den Sachverhalt zu klären. Zudem seien die Bauherrschaft und der bauführende Architekt während des gesamten Bewilligungs- und Bauablaufs vor Ort involviert gewesen und würden deshalb den Sachverhalt kennen und allfällige Akten besitzen. Auch aus diesen tatsächlichen Gründen sei das Verfahren gegen die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 zu führen.

Anders als die Vorinstanz, welche in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung für das Erbringen der zusätzlichen Angaben eine Frist von 3 Monaten gesetzt hat, verlangt die Beschwerdeführerin, die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 hätten diese Angaben innert 30 Tagen zu erbringen. Angesichts ihrer Fachkenntnisse und Kontakte sei dies angemessen.

b) Die BHG G. _____ strasse bestreitet in ihrer Beschwerdeantwort, dass sie als Verhaltensstörerin in die Pflicht genommen werden könne. Da sie alle Auflagen aus dem Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2009 erfüllt hätte, sei sie für den aktuell offenbar baurechtswidrigen Zustand nicht unmittelbar ursächlich. Im Übrigen begründe die Vorinstanz nicht, inwiefern die behauptete Verletzung von Auflagen für die Überschwemmungen ursächlich sei. Andere mögliche Ursachen für die Überschwemmungen seien bisher nicht in Betracht gezogen worden. Abgesehen davon wende sich das baupolizeiliche Verfahren nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes an die Grundeigentümer. Ob diese für den rechtswidrigen Zustand die hauptverantwortlichen Störer seien, spiele demnach keine Rolle.

c) Gemäss Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 31. August 2017 ist die unerfüllte Auflage bei Handänderung des Grundstücks auf die Rechtsnachfolgerin übergegangen. Da der ursprüngliche Zustandsstörer keine unmittelbare Verfügungsgewalt über die Streitsache habe, sei der Adressat für die baupolizeiliche Intervention die Beschwerdeführerin als Zustandsstörerin.

d) Die Wiederherstellungsverfügung ist an den Störer zu richten. Das ist grundsätzlich derjenige, der die Baurechtswidrigkeit selbst oder durch Personen, für deren Verhalten er verantwortlich ist, verursacht hat, also in der Regel die Bauherrschaft (sog. Verhaltensstörer). Als Störer gilt aber auch derjenige, der über die Sache, welche den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (sog.

Zustandsstörer). Das ist in der Regel der Grundeigentümer. Verhaltensstörer und Zustandsstörer können dieselbe Person oder aber verschiedenen Personen sein. Art. 46 Abs. 2 BauG nennt als Adressat der Wiederherstellungsverfügung den jeweiligen, d.h. zur Zeit des Erlasses der Verfügung im Grundbuch eingetragene Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber. Diese Regelung ist auf den Normalfall zugeschnitten, in welchem die widerrechtlich handelnde Bauherrschaft zugleich Eigentümerin des Baugrundstücks ist.¹²

Sind Bauherrschaft und Grundeigentümer nicht identisch, können Verhaltens- und Zustandsstörer alternativ oder kumulativ zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verpflichtet werden. Die Behörde verfügt hierbei über einen gewissen Ermessensspielraum.¹³ Sind mehrere Störer gleich fähig oder geeignet, die Störung zu beseitigen, hat nach dem allgemeinen Polizeirecht in erster Linie der Verhaltensstörer, d.h. der Bauherr, für die Beseitigung einzutreten.¹⁴ Allerdings empfiehlt es sich, die Wiederherstellungsverfügung an beide zu richten. Wird nur gegen einen von zwei oder mehreren Störern die Wiederherstellung verfügt, ist diese Verfügung nicht rechtswidrig oder nichtig; allenfalls bedarf es aber einer weiteren Verfügung gegen die übrigen Störer, damit die Wiederherstellung durchgesetzt werden kann.¹⁵

e) Grundlage des vorliegenden Baupolizeiverfahrens ist eine Auflage aus dem Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2009, welche bei der Realisierung des mit diesem Gesamtentscheid bewilligten Vorhabens nicht eingehalten wurde (siehe oben Erwägung 2). Inwiefern diese Verletzung einer Auflage für Überschwemmungen ursächlich ist, ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich. Das mit Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2009 bewilligte Vorhaben wurde von der BHG G._____strasse als Bauherrin ausgeführt. Die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 sind daher im vorliegenden Fall Verhaltensstörer, die Beschwerdeführerin ist als Grundeigentümerin Zustandsstörerin. Um die Vollstreckbarkeit der baupolizeilichen Zwischenverfügung sicherzustellen, muss die Beschwerdeführerin in jedem Fall Adressatin der Verfügung sein.

¹² Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

¹³ BGer 1A.121/2005 vom 28.11.2005, E. 3.2; BGE 107 Ia 19, E. 2b

¹⁴ BVR 2007 S. 362, E. 4.1; BVR 2008 S. 261, E. 3.2; BGE 107 Ia 19, E. 2b

¹⁵ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

Der von der Vorinstanz geltend gemachte rechtswidrige Zustand aufgrund der unerfüllten Auflagen ist auf das Verhalten der BHG G._____strasse zurückzuführen. Diese wäre als Bauherrin verpflichtet gewesen, das Bauvorhaben entsprechend der Baubewilligung auszuführen. Dazu gehören auch sämtliche Nebenbestimmungen inklusive den umstrittenen Auflagen im Zusammenhang mit der Bachumlegung. Die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 sind daher als Verhaltensstörer prioritär zur Abklärung des Sachverhalts im Rahmen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verpflichten. Als Bauherren, welche die Bachumlegung vorgenommen haben, sind sie dazu auch besser geeignet. Die Zwischenverfügung hätte also auch an die BHG G._____strasse gerichtet werden sollen. Dies bedeutet nicht, dass die angefochtene Zwischenverfügung rechtswidrig wäre, sondern lediglich, dass die BHG G._____strasse nachträglich zu den Abklärungen gemäss Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung verpflichtet und ebenfalls zur Adressatin der Zwischenverfügung vom 3. Juli 2017 gemacht werden muss. Zu diesem Zweck könnte einerseits die Stadt Thun verpflichtet werden, gegenüber der BHG G._____strasse eine neue, identische Verfügung zu erlassen. Andererseits ist es nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ebenso zulässig, sie aus Gründen der Prozessökonomie im Rechtsmittelverfahren als Partei zu beteiligen.¹⁶ Die BVE hat unter anderem die Gesellschafter der BHG G._____strasse mit Verfügung vom 7. August 201 als Partei am Verfahren beteiligt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Anstelle der Beschwerdeführerin werden daher die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 zu den Abklärungen gemäss Zwischenverfügung der Stadt Thun verpflichtet. Die Beschwerdeführerin hat die notwendigen Arbeiten zu dulden.¹⁷

f) Inwiefern auch der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 4 als Verhaltensstörer in die Pflicht genommen werden könnte, braucht nicht geprüft zu werden. Die Behörde verfügt über einen gewissen Ermessensspielraum, wen von verschiedenen Störern sie verpflichten will. Gemäss Darstellung der BHG G._____strasse war der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 4 lediglich als bauführender Architekt der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 2, nicht jedoch als Privatperson am Bauvorhaben beteiligt. Die Bauherrengemeinschaft sei mit den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 von der Vorinstanz vollständig

¹⁶ BVR 2008 S. 261, E. 3.4.1

¹⁷ Siehe auch Entscheid der BVE RA Nr. 120/2011/22 vom 28. November 2011, E. 2c/d

beigeladen worden. Unter diesen Umständen ist es sachgerecht, lediglich die BHG G._____strasse als Verhaltensstörerin in die Pflicht zu nehmen.

g) Für die von der Beschwerdeführerin beantragte Verkürzung der Frist in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung von 3 Monaten auf 30 Tage, besteht kein Anlass. Da die geforderten Angaben gemäss Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung vor Einreichung bei der Vorinstanz noch beim OIK I zur Vorprüfung eingereicht und gegebenenfalls verbessert werden müssen, erscheint eine Frist von 3 Monaten als angemessen, zumal die Beschwerdeführerin keine besondere Dringlichkeit geltend macht und eine solche auch nicht erkennbar ist. Insofern wird die Beschwerde abgewiesen.

5. Ersatzvornahme

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, selbst wenn es zulässig sei, sie zur Sachverhaltsabklärung beizuziehen, könne diese Pflicht nicht mittels Ersatzvornahme durchgesetzt werden. Die Mitwirkungspflicht sei eine Obliegenheit, die nicht erzwungen werden könne. Die BHG G._____strasse verzichtet in ihrer Beschwerdeantwort auf eine Stellungnahme zu dieser Rüge.

b) Wie bereits in Erwägung 3.c ausgeführt, ist die gesetzliche Grundlage für das Verlangen der Vorinstanz in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung nicht in der Mitwirkungspflicht von Art. 20 VRPG zu sehen. Die Argumentation der Beschwerdeführerin ist somit nicht stichhaltig.

Bei der Anordnung in Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung handelt es sich um einen Schritt im Rahmen eines baupolizeilichen Wiederherstellungsverfahrens zur Durchsetzung einer Auflage aus einem Bauentscheid. Gemäss Art. 47 Abs. 1 BauG lässt die Baupolizeibehörde rechtskräftig verfügte Massnahmen, die der Pflichtige innerhalb der angesetzten Frist nicht oder nicht vorschriftsgemäss ausführt, auf seine Kosten durch Dritte vornehmen. Die Androhung der Ersatzvornahme in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung ist somit nicht zu beanstanden. Die Beschwerde wird insoweit abgewiesen.

6. Beiladung

- a) Die Beschwerdeführerin begründet ihren Verfahrensantrag auf Beiladung des von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 4 zum Baupolizeiverfahren damit, dass dieser von der Vorinstanz offenbar aus Versehen nicht beigelegt worden sei. Der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 4 sei der bauführende Architekt gewesen und es sei wahrscheinlich, dass sie auch gegen ihn entsprechende zivilrechtliche Ansprüche geltend machen könne.
- b) Gemäss Darstellung der BHG G. _____ strasse war der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 4 lediglich als bauführender Architekt der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 2, nicht jedoch als Privatperson am Bauvorhaben beteiligt. Die Bauherrengemeinschaft sei mit den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 von der Vorinstanz vollständig beigelegt worden.
- c) Zur Beiladung des von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 4 zum Baupolizeiverfahren hat sich die Vorinstanz in der angefochtenen Zwischenverfügung nicht geäußert. Der Streitgegenstand kann nicht über das Anfechtungsobjekt hinausgehen. Somit liegt dieser Verfahrensantrag ausserhalb des Streitgegenstands, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann.

Im Übrigen ist eine solche Beiladung im noch nicht abgeschlossenen Baupolizeiverfahren nach wie vor möglich, zumal die Beschwerdeführerin vermutet, dass es sich bei der Nichtbeiladung um ein Versehen der Vorinstanz handelt. Somit ist auch nicht erkennbar, welchen nicht wiedergutzumachenden Nachteil die Beschwerdeführerin durch die bis anhin nicht erfolgte Beiladung des von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 4 erlitten haben sollte. Ein solcher Nachteil müsste auch in diesem Zusammenhang vorliegen, da auch eine (Nicht-) Beiladung nur eine Zwischenverfügung darstellt. So ist eine Beiladungsverfügung in der Regel nicht selbständig anfechtbar, weil die Verfahrensbeteiligung für sich noch mit keinem nicht wieder gutzumachenden Nachteil verbunden ist.¹⁸

7. Vorinstanzliche Kosten

¹⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 14 N. 4

a) Die Beschwerdeführerin verlangt, dass die vorinstanzlichen Kosten für die angefochtene Verfügung solidarisch den von Ames wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 aufzuerlegen seien. Für die Kostenverlegung gelte das Verursacherprinzip. Das Verfahren richte sich in erster Linie gegen die von Ames wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 als Verhaltensstörer. Zudem hätten diese im vorinstanzlichen Verfahren den Antrag gestellt, von ihrer Beiladung sei abzusehen. Damit seien sie unterlegen.

b) Die BHG G._____strasse verweist hinsichtlich der vorinstanzlichen Kosten darauf, dass das Baupolizeiverfahren einzig gegen die Beschwerdeführerin geführt werde. Sie selber seien bisher nur im Rahmen des rechtlichen Gehörs in das Verfahren einbezogen worden. Für eine Kostenverlegung zu ihren Lasten bestehe somit kein Rechtsgrund und wäre im Übrigen auch unbillig.

c) Die Vorinstanz hat die Kosten für die angefochtene Verfügung mit Verweis auf Art. 51 BewD¹⁹ und Art. 21 Gebührenverordnung Bauwesen²⁰ begründet. Gemäss Art. 51 BewD bestehen die Verfahrenskosten (amtliche Kosten), welche die Gemeinde für ihre baupolizeilichen Verrichtungen erheben kann, aus den Gebühren und den Auslagen (Abs. 1); die Gemeinden haben einen Gebührentarif zu erlassen (Abs. 3). Wer Aufwendungen der Gemeinde im Zusammenhang mit der Baupolizei verursacht, hat Gebühren gemäss den nachfolgenden Ansätzen zu entrichten (Art. 1 Abs. 1 Gebührenverordnung Bauwesen). Für Verfügungen der Gemeindebaupolizeibehörde bei Missachtung von Bauvorschriften oder Bewilligungen inklusive Bedingungen und Auflagen sowie bei der Beseitigung von Störungen der öffentlichen Ordnung werden eine Grundgebühr von Fr. 100.-- und eine Gebühr für Aufwendungen nach Zeitaufwand erhoben (Art. 21 Gebührenverordnung Bauwesen). Die umstrittenen Kosten für die angefochtene baupolizeiliche Verfügung sind somit nach dem Verursacherprinzip zu verlegen, wobei die Höhe der Kosten vorliegend von den Parteien nicht bestritten wird.

Als Bauherrschaft, welche eine Auflage aus einer Baubewilligung nicht eingehalten hat, hat die BHG G._____strasse das Baupolizeiverfahren primär verursacht. Als primär

¹⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

²⁰ Verordnung vom 5. Dezember 2003 über die Gebühren im Bauwesen der Stadt Thun (Gebührenverordnung Bauwesen; SSG 154.231.11)

verantwortliche Verhaltensstörerin wird sie mit dem vorliegenden Beschwerdeentscheid denn auch zur Vornahme der in der angefochtenen Verfügung verlangten zusätzlichen Abklärungen verpflichtet. Dementsprechend hat sie gestützt auf das Verursacherprinzip auch die vorinstanzlichen Verfahrenskosten zu tragen. Die angefochtene Verfügung wird entsprechend angepasst.

8. Kosten im Beschwerdeverfahren

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten 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 GebV²¹). In Anwendung dieser Bestimmung wird die Pauschale auf Fr. 1'000.-- festgelegt.

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). Die Beschwerdeführerin obsiegt insoweit, als nicht sie die erweiterten Angaben liefern und die vorinstanzlichen Kosten tragen muss. Sie unterliegt jedoch, soweit sie für die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 4 eine kürzere Frist zur Lieferung der erweiterten Angaben verlangt, soweit sie eine Beiladung des von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 4 zum Baupolizeiverfahren fordert und soweit sie die Aufhebung der Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung beantragt. Der klar gewichtigste Punkt ist dabei die Frage, wer die erweiterten Angaben liefern muss. Die Beschwerdeführerin ist daher als zu einem Viertel unterliegend zu betrachten. Sie hat demnach Fr. 250.-- an Verfahrenskosten zu bezahlen.

Die BHG G._____strasse obsiegt betreffend einer Beiladung des von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 4 zum Baupolizeiverfahren und bezüglich der kürzeren Frist zur Lieferung der erweiterten Angaben. Sie unterliegt jedoch, soweit sie neu verpflichtet wird, die erweiterten Angaben zu liefern und die Kosten der angefochtenen

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Verfügung zu bezahlen. Zur Aufhebung der Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung hat sie keine Anträge gestellt. Da auch hier der klar gewichtigste Punkt die Frage ist, wer die erweiterten Angaben liefern muss, ist die BHG G._____strasse als zu drei Viertel unterliegend zu betrachten. Sie hat daher die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 750.-- zu bezahlen. Der von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligte 4 hat sich im Beschwerdeverfahren nicht vernehmen lassen und keine Anträge gestellt. Ihn trifft demnach keine Kostenpflicht.

b) 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). Soweit die Beschwerdeführerin obsiegt, unterliegt die BHG G._____strasse, und soweit die BHG G._____strasse obsiegt, unterliegt die Beschwerdeführerin. Die BHG G._____strasse hat der Beschwerdeführerin somit drei Viertel ihrer Parteikosten zu ersetzen. Umgekehrt hat die Beschwerdeführerin der BHG G._____strasse einen Viertel ihrer Parteikosten zu ersetzen.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Anwalts der Beschwerdeführerin beläuft sich auf Fr. 7'224.10 (Honorar: Fr. 6'575.--, Auslagen: Fr. 114.--, Mehrwertsteuer: Fr. 535.10), die Kostennote des Anwalts der BHG G._____strasse auf Fr. 5'439.-- (Honorar: Fr. 4'925.--, Auslagen: Fr. 111.10, Mehrwertsteuer: Fr. 402.90). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²² 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 KAG²³). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da lediglich ein Schriftenwechsel durchgeführt wurde. Angesichts des Streitgegenstands und den umstrittenen Rechtsfragen sind auch die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 3'500.-- als angemessen. Da die von Amtes wegen am

²² Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

²³ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 und 2 mehrwertsteuerpflichtig sind,²⁴ ist nach Praxis des Verwaltungsgerichts bei der BHG G._____strasse nur der auf den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 3 entfallenden Drittel der Mehrwertsteuer zu berücksichtigen.²⁵

Die BHG G._____strasse hat der Beschwerdeführerin somit drei Viertel von Fr. 3'903.10 (Honorar: Fr. 3'500.--, Auslagen: Fr. 114.--, Mehrwertsteuer: Fr. 289.10), ausmachend Fr. 2'927.35, an Parteikosten zu ersetzen. Umgekehrt hat die Beschwerdeführerin der BHG G._____strasse einen Viertel von Fr. 3'707.40 (Honorar: Fr. 3'500.--, Auslagen: Fr. 111.10, Mehrwertsteuer: Fr. 96.30), ausmachend Fr. 926.85, an Parteikosten zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Ziffern C.2, C.4 und C.6 der baupolizeilichen Zwischenverfügung der Stadt Thun vom 3. Juli 2017 werden wie folgt geändert:
2. Folgende erweiterten Angaben und Nachbesserungen zur Zustandsdokumentation vom 23. Oktober 2016 ist durch die BHG G._____ innert 3 Monaten zu erbringen:
 - Angaben zum massgeblichen Hochwasserabfluss und das Verhalten des Systems bei entsprechender Belastung. Damit soll die Dokumentation der bestehenden Situation vervollständigt werden.
 - Ergänzende Angaben gemäss den Fragestellungen der bisherigen Berichte vom OIK I und der Fischereipolizei.
 - Aufgrund der vervollständigten Dokumentation und der bisherigen Berichte vom OIK I und der Fischereipolizei sind zudem Massnahmen zu benennen, um die bestehende Situation zu verbessern. Hierzu sind entsprechende Varianten aufzuzeigen.
- Die A._____ hat die dazu nötigen Arbeiten zu dulden.
4. Werden die Punkte 2 und 3 innert der gesetzten Frist nicht vollständig umgesetzt, wird die Baupolizeibehörde zur Ersatzvornahme schreiten und die angeordneten Massnahmen auf Kosten der BHG G._____ durch Dritte ausführen lassen.
6. Die Kosten für diese Verfügung betragen Fr. 471.00 und werden der BHG G._____ auferlegt. Die Rechnungsstellung erfolgt mit separater Post.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann, und die Zwischenverfügung der Stadt Thun bestätigt.

²⁴ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

²⁵ VGE 2017/112 vom 15. November 2017, E. 6

2. Von den Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.-- haben die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 Fr. 750.-- und die Beschwerdeführerin Fr. 250.-- zu bezahlen. Die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 haften für die ihnen auferlegten Verfahrenskosten solidarisch für den gesamten Betrag. Separate Zahlungseinladungen folgen, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3.
 - a) Die Beschwerdeführerin hat den von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 Parteikosten im Betrag von Fr. 926.85 (inkl. Auslagen und Anteil Mehrwertsteuer) zu ersetzen.
 - b) Die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 haben der Beschwerdeführerin Parteikosten im Betrag von Fr. 2'927.35 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die von Amtes wegen am Beschwerdeverfahren Beteiligten 1 bis 3 haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt H._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer