

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/68

Bern, 15. Januar 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Frau Rechtsanwältin B. _____

und



Regierungsstatthalteramt Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

Baupolizeibehörde der Gemeinde Thierachern, Gemeindeverwaltung, Dorfstrasse 1,
3634 Thierachern

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 5. Oktober 2018 bzw.
vom 24. Mai 2018 (bbew 196/2017; C. _____, Nutzung durch Dritte)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtbauentscheid vom 15. Oktober 2009 bewilligte das Regierungsstatthalteramt Thun dem Beschwerdeführer den Ausbau und die Umnutzung der bestehenden C. _____ auf Parzelle Thierachern Grundbuchblatt Nr. D. _____.¹ Die C. _____ ist im Bauinventar als erhaltenswertes K-Objekt eingetragen und bildet Teil der Baugruppe B (Thierachern, E. _____). Gemäss den bewilligten Plänen² sollten im Erdgeschoss die bestehenden Raumunterteilungen abgebrochen und mehrere abgeschlossene Räume sowie Sanitäranlagen erstellt werden. Im Erdgeschoss sollte sich _____

¹ Vorakten bbew 35/2009, pag. 101 ff.

² Plan "Grundrisse, Schnitte" im Mst. 1:100 vom 7. April 2009, mit Stempel des Regierungsstatthalteramts Thun vom 15. Oktober 2009

zudem ein Saal befinden, der mit 172 Plätzen bestuhlt werden konnte, in einer zweiten Bauetappe aber in weitere Räume unterteilt werden sollte. Im Obergeschoss war ein grosser Saal mit Bühne vorgesehen, der mit 280 Plätzen bestuhlt werden konnte. Zudem sollten im Obergeschoss eine Cafeteria, eine Küche und Sanitäranlagen eingerichtet werden. Die Parzelle liegt in der Dorfkernzone D2.

Das Bauvorhaben umfasste gemäss dem Umgebungsplan³ auch die Erstellung eines Hochwasserschuttdamms auf der Nachbarparzelle Nr. F._____. Am 26. August 2010 bewilligte die Gemeinde Thierachern eine nachträgliche Projektänderung, wonach der Hochwasserdamm etwas weiter südlich erstellt werden sollte.

2. Mit Baugesuch vom 19. Dezember 2017 beantragte der Beschwerdeführer die Bewilligung einer Umnutzung und die Erteilung der Gastgewerbebewilligung (Betriebsbewilligung E gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. e GGG⁴). Gemäss dem Betriebskonzept⁵ sollte die C._____ nebst der Eigennutzung durch den Beschwerdeführer für bis zu rund 40 Anlässe pro Jahr an Dritte vermietet werden, die in den Räumlichkeiten der C._____ Hochzeits- oder Geburtstagsfeiern, Vorträge und Ähnliches durchführen wollen. Bauliche Massnahmen waren nicht vorgesehen. Gegen dieses Gesuch gingen mehrere Einsprachen ein.

Am 24. Mai 2018 erliess das für das Baubewilligungsverfahren zuständige Regierungsstatthalteramt Thun eine mit "Verfahrensleitende und Baupolizeiverfügung im Baubewilligungsverfahren" betitelte Verfügung.⁶ Unter Nennung des Bauvorhabens "C._____, Mehrfachnutzung der bestehenden Räume (GGG Art. 6 Abs. 2 Bst. e)" und der Verfahrensnummer des Baubewilligungsverfahrens (bbew 196/2017) traf das Regierungsstatthalteramt u.a. folgende Anordnungen:

"3. Baupolizei:

a) Die Personenbelegung im Obergeschoss wird **per sofort** auf max. 100 Personen beschränkt. Die Fluchtwege sind jederzeit freizuhalten und überzähliges Mobiliar ist zu entfernen.

³ Im Mst. 1:200 vom 10. September 2009, mit Stempel des Regierungsstatthalteramts Thun vom 15. Oktober 2009

⁴ Gastgewerbegesetz vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11)

⁵ Vorakten bbw 196/2017, Register "Gesuche", pag. 9

⁶ Vorakten bbw 196/2017, Register "Verfügungen", pag. 45 ff.

- b) Die über den üblichen Gemeingebrauch hinausgehende Beanspruchung der öffentlichen Parkplätze ist nur mit vorgängiger Zustimmung der Gemeindebehörde erlaubt.
- c) Ab **1. Juni 2018** hat die Bauherrschaft bei der Nutzung der Räume durch Dritte am Wochenende stets sowie unter der Woche ab **22:00 Uhr** eine für die Einhaltung von Ruhe und Ordnung verantwortliche Person vor Ort zu stationieren, bis die Veranstaltung beendet ist. Sie hat dafür besorgt zu sein, dass weder auf den Nachbargrundstücken noch auf der öffentlichen Strasse parkiert oder Abfall abgelagert wird. Diese Person ist spätestens 48 Stunden vor Veranstaltungsbeginn der Gemeindeverwaltung bekanntzugeben.
- d) Unter Vorbehalt der dazu erforderlichen Bau- und Betriebsbewilligungen wird der Bauherrschaft ab **1. Januar 2019** baupolizeilich untersagt, die Räumlichkeiten der C._____ Dritten zu überlassen.
- e) Weitere Verfügungen bleiben vorbehalten."

Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 22. Juni 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein (RA Nr. 110/2018/86). Er beantragte die Aufhebung der Anordnung gemäss Ziffer 3 d) der angefochtenen Verfügung. Dem Beschwerdeführer sei zu erlauben, die Liegenschaft während der Dauer des Baubewilligungsverfahrens mit den Einschränkungen gemäss Ziffer 3 a) bis c) für zwölf externe Anlässe pro Jahr ab 1. Januar 2019 zu nutzen. Auf Antrag des Beschwerdeführers sistierte das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁷, das Beschwerdeverfahren am 13. August 2018.

Am 17. September 2018 zog der Beschwerdeführer das Baugesuch vom 19. Dezember 2017 zurück. Gleichentags zog er die Beschwerde vom 22. Juni 2018 zurück. Das Rechtsamt schrieb das Beschwerdeverfahren mit Verfügung vom 19. September 2018 als erledigt vom Geschäftsverzeichnis ab.

3. Mit "Abschreibungs- und Baupolizeiverfügung im Baubewilligungsverfahren" vom 5. Oktober 2018 schrieb das Regierungsstatthalteramt Thun das Baubewilligungsverfahren bbew 196/2017 betreffend das Baugesuch vom 19. Dezember 2017 vom Geschäftsverzeichnis ab. Es verpflichtete den Beschwerdeführer zur Einhaltung der Brandschutzaufgaben gemäss den Fachberichten der Gebäudeversicherung vom 21. Februar 2018 und vom 11. Juli 2018. In den Erwägungen hielt es unter Ziffer 9 fest:

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

"...

c) Soweit eine Drittnutzung erfolgte, haben wir diese mit der Verfügung vom 24. Mai 2018 eingeschränkt bzw. ab 1. Januar 2019 gänzlich verboten.

d) Weitere Baupolizeimassnahmen erscheinen derzeit nicht als erforderlich."

4. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 1. November 2018 Beschwerde bei der BVE ein. Er beantragt die Aufhebung von Ziffer 9 d) (gemeint ist gemäss Beschwerdebegründung die Erwägung 9 c)) der Verfügung vom 5. Oktober 2018. Dem Beschwerdeführer sei zu erlauben, die Liegenschaft für zwölf Anlässe pro Kalenderjahr ab 1. Januar 2019 zu nutzen, wobei als Anlässe alle nicht vereinsinternen Anlässe zu gelten hätten.

5. Das Rechtsamt holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das Regierungsstatthalteramt beantragt mit Stellungnahme vom 8. November 2018, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Die Gemeinde stellt in ihrer Stellungnahme vom 26. November 2018 keinen Antrag.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Die Beschwerde richtet sich formell gegen die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 5. Oktober 2018, mit welcher das Baubewilligungsverfahren betreffend das Baugesuch des Beschwerdeführers vom 19. Dezember 2017 abgeschrieben sowie brandschutzrechtliche Anordnungen getroffen werden. Inhaltlich wendet sich die Beschwerde jedoch nicht gegen diese Anordnungen, sondern gegen die Erwägung unter Ziffer 9 c) der Verfügung. Im Rechtsbegehren wird Ziffer 9 d) genannt; aus der Beschwerdebegründung geht jedoch hervor, dass dies auf einem Irrtum beruht und eigentlich die Erwägung 9 c) gemeint ist. In dieser äussert sich das Regierungsstatthalteramt zur Anordnung gemäss Ziffer 3 d) seiner Verfügung vom 24. Mai 2018 und führt sinngemäss aus, dass diese auch nach Abschreibung des Baubewilligungsverfahrens ab 1. Januar 2019 jede Drittnutzung verbietet. Der

Beschwerdeführer macht geltend, dass das Regierungsstatthalteramt damit der Anordnung gemäss Ziffer 3 d) seiner Verfügung vom 24. Mai 2018 eine Tragweite zuschreibe, die ihr nicht zukomme. Richtigerweise gelte diese nur für die Dauer des Baubewilligungsverfahrens. Nach Ansicht des Beschwerdeführers wurde die Tragweite der ursprünglichen Anordnung mit der Verfügung vom 5. Oktober 2018 ausgedehnt, weshalb er diese anfecht.

Das Regierungsstatthalteramt stellt sich demgegenüber in seiner Stellungnahme vom 8. November 2018 auf den Standpunkt, dass bereits mit Erlass der Anordnung gemäss Ziffer 3 d) seiner Verfügung vom 24. Mai 2018 die Vermietung der Liegenschaft des Beschwerdeführers zur gastgewerblichen Nutzung in abschliessender Weise – also mit Geltung über das Baubewilligungsverfahren hinaus – geregelt worden sei. Mit der angefochtenen Verfügung vom 5. Oktober 2018 sei diesbezüglich keine Regelung getroffen worden.

b) Der Beschwerdeführer hatte bereits vor Einreichung des Baugesuchs vom 19. Dezember 2017 Vermietungen an Dritte vorgenommen. Die Gemeinde beobachtete diese Nutzung im Hinblick auf die Einhaltung des bewilligungskonformen Umfangs. Als Beilage zu ihrer Stellungnahme im Beschwerdeverfahren hat sie die Kopie eines Schreibens vom 10. März 2015 eingereicht, aus dem dies hervorgeht. Mit dem Schreiben machte sie den Beschwerdeführer darauf aufmerksam, dass im Falle von regelmässigen Vermietungen eines Lokals für nicht öffentliche Veranstaltungen eine Betriebsbewilligung E beantragt werden müsse. Nach der Praxis des Regierungsstatthalteramtes Thun sei eine solche Bewilligung ab ca. 12 Vermietungen pro Jahr erforderlich. Es komme auch darauf an, welche Art von Veranstaltung (Musik, Umgebungslärm etc.) durchgeführt werde. Am 19. Dezember 2017 reichte der Beschwerdeführer das erwähnte Baugesuch ein, mit dem er um Bewilligung der Umnutzung und Erteilung der Betriebsbewilligung E ersuchte. Im Betriebskonzept hielt er fest, er wolle die C._____ in Zukunft vermehrt vermieten, und zwar im Umfang von bis zu 40 Vermietungen pro Jahr.⁸

Die Gemeinde überwies das Verfahren gestützt auf Art. 9 Abs. 2 BewD⁹ an das Regierungsstatthalteramt.¹⁰ Dieses erliess alle im Verlauf des Verfahrens ergangenen

⁸ Vorakten bbew 196/2017, Register "Gesuche", pag. 8

⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁰ Vorakten bbew 196/2017, Register "Beilagen", pag. 36 f.

Verfügungen unter der Verfahrensbezeichnung "bbew 196/2017" und mit dem Hinweis auf das Bauvorhaben "C._____", Mehrfachnutzung der bestehenden Räume (GGG Art. 6 Abs. 2 Bst. e". Die am 24. Mai 2018 erlassene Verfügung betitelte es als "Verfahrensleitende und Baupolizeiverfügung im Baubewilligungsverfahren". Zum baupolizeilichen Aspekt erwog es, eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung könne erst nach Vorliegen der baurechtlichen Bewilligung ausgestellt werden. Da keine der notwendigen Bewilligungen vorlägen, sei der Bauherrschaft die unbewilligte Nutzung zu verbieten. Aus Verhältnismässigkeitsgründen könne die Vermietung bis Ende 2018 mit Einschränkungen toleriert werden.

c) Das Regierungsstatthalteramt führt Baubewilligungsverfahren in seinem Zuständigkeitsbereich (Art. 33 Abs. 1 BauG¹¹, Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 2 BewD). Unter den Voraussetzungen von Art. 27 VRPG¹² kann es im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen anordnen.

Die Baupolizei ist Sache der zuständigen Gemeindebehörde (Art. 45 Abs. 1 Satz 1 BauG). Das Regierungsstatthalteramt amtet als Aufsichtsbehörde über die Baupolizei (Art. 45 Abs. 1 Satz 2 BauG). Vernachlässigt die Gemeindebehörde ihre baupolizeilichen Pflichten und sind dadurch öffentliche Interessen gefährdet, so setzt ihr das Regierungsstatthalteramt angemessene Fristen zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten. Wenn nötig, verfügt das Regierungsstatthalteramt die erforderlichen Massnahmen selbst (Art. 48 BauG, Art. 48 Abs. 1 BewD). Das Verfahren richtet sich dabei sinngemäss nach Art. 45 – 47 BauG.¹³

d) Das Regierungsstatthalteramt hat die als "Verfahrensleitende und Baupolizeiverfügung" betitelte Verfügung vom 24. Mai 2018 ausdrücklich "im Baubewilligungsverfahren", unter der Verfahrensnummer des Baubewilligungsverfahrens und mit Hinweis auf das Bauvorhaben erlassen. Damit vermischte es Baubewilligungs- und Baupolizeiverfahren. Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens war das Bauvorhaben gemäss Baugesuch vom 19. Dezember 2017, wonach der Beschwerdeführer um Bewilligung einer Vermietungstätigkeit für bis zu 40 Veranstaltungen pro Jahr und Erteilung

¹¹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 48 N. 3

einer Betriebsbewilligung E ersuchte. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass das Regierungsstatthalteramt dem Beschwerdeführer bekannt gegeben hätte, dass ein Baupolizeiverfahren eröffnet wurde, in dessen Rahmen auch die bis anhin praktizierte Vermietungstätigkeit des Beschwerdeführers zum Gegenstand gemacht worden wäre. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 29. März 2018¹⁴ teilte es zwar mit, es ziehe in Betracht, im Bauentscheid die maximale Nutzung (Anzahl Anlässe, Anzahl Teilnehmer, Betriebszeiten) zu definieren, und gewährte den Parteien dazu das rechtliche Gehör. Es handelte sich dabei um eine verfahrensleitende Verfügung im Baubewilligungsverfahren ohne Hinweis auf ein Baupolizeiverfahren betreffend die bisherige Nutzung. Der Beschwerdeführer hatte keinen Anlass, mit dem Erlass eines baupolizeilichen Verbots der Fremdvermietung zu rechnen. Eine Wiederherstellungsanordnung nach Art. 46 Abs. 2 BauG betreffend die im Baugesuch umschriebene Nutzung konnte im hängigen Baubewilligungsverfahren nicht erlassen werden (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Soweit sich die Anordnung auf die vom Beschwerdeführer bisher praktizierte Nutzung (wenige Fremdvermietungen ohne gastgewerbliche Betriebsbewilligung) bezog, hätte ein Benützungsverbot bzw. eine Wiederherstellungsanordnung im Wiederherstellungsverfahren erfolgen müssen. Damit hätte der Beschwerdeführer auch Anlass und Gelegenheit zur allfälligen Bestreitung der Bewilligungspflicht gehabt. Zur Führung von Baupolizei- bzw. Wiederherstellungsverfahren ist primär die Gemeinde zuständig. Nach den Akten bestanden keine Hinweise darauf, dass das Regierungsstatthalteramt wegen Säumnis der Gemeinde ein baupolizeiliches Aufsichtsverfahren eingeleitet hatte.

Mit der Verfügung vom 24. Mai 2018 wurden demnach ohne vorhergehendes baupolizeiliches Verfahren und ohne baupolizeiliche Zuständigkeit der verfügenden Behörde baupolizeiliche Anordnungen getroffen, die zudem mit dem Baubewilligungsverfahren vermischt wurden. Damit wurden die Vorschriften über die Zuständigkeit verletzt und es liegen erhebliche Verfahrensmängel vor.

e) Mit seinem Rechtsbegehren beantragt der Beschwerdeführer sinngemäss die Wiedereinsetzung in die Frist zur Anfechtung der Verfügung vom 24. Mai 2018 und die Aufhebung von deren Ziffer 3 d), soweit damit baupolizeiliche Anordnungen getroffen werden, die unabhängig vom Baubewilligungsverfahren wirksam sind. Dem

¹⁴ Vorakten bbew 196/2017, Register "Verfügungen", pag. 48

Beschwerdeführer wurde eine korrekte Anfechtung der Anordnung gemäss Ziffer 3 d) der Verfügung vom 24. Mai 2018 durch erhebliche Verfahrensfehler bei deren Erlass erschwert. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, das Rechtsbegehren auch bei anwaltlicher Vertretung des Beschwerdeführers in diesem Sinne zu deuten.

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG¹⁵ 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 zuständig. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die Verfügung vom 24. Mai 2018 beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Er hat Ziffer 3 d) dieser Verfügung am 22. Juni 2018 bei der BVE angefochten, davon ausgehend, dass damit die Nutzung während der Dauer des Baubewilligungsverfahrens geregelt werde. Später hat er diese Beschwerde zurückgezogen, woraufhin die BVE das Verfahren abschrieb.

Dem Beschwerdeführer ist es nicht anzulasten, dass er erst mit Kenntnisnahme der Erwägung 9 c) der Verfügung vom 5. Oktober 2018 verstand, dass das Regierungsstatthalteramt mit Ziffer 3 d) der Verfügung vom 24. Mai 2018 eine endgültige, unabhängig vom Baubewilligungsverfahren wirksame baupolizeiliche Anordnung treffen wollte. Das Regierungsstatthalteramt hat diese ausserhalb seines Zuständigkeitsbereichs und unter Verletzung des Gehörsanspruchs des Beschwerdeführers getroffen. Der Beschwerdeführer musste auch bei gehöriger Sorgfalt und Aufmerksamkeit nicht mit dem Erlass definitiver baupolizeilicher Anordnungen rechnen. Aufgrund ihres Wortlauts und der Umstände war die Tragweite der streitigen Anordnungen objektiv unklar. Missverständliche behördliche Anordnungen stellen einen Anwendungsfall der mangelhaften Eröffnung im Sinne von Art. 44 Abs. 5 VRPG dar.¹⁶ Daraus darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen. Vorliegend hat der Beschwerdeführer einen möglichen Nachteil erlitten, indem er die streitige Anordnung hinsichtlich der ihm nicht bewussten Tragweite nicht angefochten bzw. die gegen die Verfügung vom 24. Mai 2018 eingereichte Beschwerde diesbezüglich nicht aufrechterhalten hat. Der Eröffnungsmangel wurde erst mit der Verfügung vom 5. Oktober 2018 behoben, indem das Regierungsstatthalteramt in Erwägung 9 c) die Tragweite der Anordnung gemäss Ziffer 3 d) der Verfügung vom 24. Mai 2018 näher ausführte. Damit dem Beschwerdeführer durch die mangelhafte Eröffnung kein Rechtsnachteil entsteht, muss ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Anordnung

¹⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

¹⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 44 N. 25

nach Behebung des Eröffnungsmangels innert der 30-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG anzufechten, soweit er Beschwerdegründe geltend macht, die vom Eröffnungsmangel betroffen waren. Mit seiner Beschwerde vom 1. November 2018 ficht der Beschwerdeführer Ziffer 3 d) der Verfügung vom 24. Mai 2018 insoweit an, als damit unabhängig vom Baubewilligungsverfahren geltende, baupolizeiliche Anordnungen getroffen werden. Diese Tragweite der streitigen Anordnung wurde ihm erst mit Erlass der Verfügung vom 5. Oktober 2018 eröffnet. Indem der Beschwerdeführer die Beschwerde innert 30 Tagen seit Eröffnung der Verfügung vom 5. Oktober 2018 einreichte, hat er die Beschwerdefrist gewahrt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Aufhebung von Amtes wegen

a) Das Regierungsstatthalteramt hat die "Verfahrensleitende und Baupolizeiverfügung" vom 24. Mai 2018 im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens bbew 196/2017 erlassen. Die Anordnungen unter deren Ziffer 3, welche mit "Baupolizei" betitelt wurden, konnten zunächst als vorsorgliche Massnahmen im Baubewilligungsverfahren aufgefasst werden, zu deren Erlass das Regierungsstatthalteramt im Rahmen von Art. 27 VRPG befugt war. Solche Massnahmen können insbesondere zur Beseitigung gesetzeswidriger oder gefährlicher Anlagen und Zustände, zur Ausführung dringender Arbeiten oder zum Schutz erheblicher öffentlicher oder privater Interessen angeordnet werden¹⁷, namentlich zum Schutz wichtiger Polizeigüter (Leib, Leben, Gesundheit) vor konkreten und schweren Gefahren.¹⁸ Die Bezeichnung mit "Baupolizei" schloss diese Interpretation daher nicht aus. Vorsorgliche Massnahmen im Rahmen von Art. 27 VRPG haben nur provisorischen Charakter.¹⁹ Sie können nur zum Schutz von Interessen angeordnet werden, die innerhalb des durch die (spätere) Hauptverfügung bestimmten Streitgegenstands liegen. Mehr als im Hauptprozess – d.h. definitiv – zu erreichen ist, kann nicht vorsorglich erwirkt werden.²⁰ Soweit mit der Verfügung vom 24. Mai 2018 vorsorgliche Massnahmen nach Art. 27 VRPG angeordnet wurden, sind diese aufgrund ihrer Abhängigkeit vom Hauptprozess mit dessen Abschreibung hinfällig geworden.

¹⁷ Art. 27 Abs. 1 Bst. a VRPG

¹⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 27 N.16

¹⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 27 N. 23

²⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 27 N. 1

b) Das Regierungsstatthalteramt hat mit seiner Verfügung vom 5. Oktober 2018 sinngemäss erklärt, dass die baupolizeilichen Anordnungen der Verfügung vom 24. Mai 2018 definitiv und unabhängig vom Baubewilligungsverfahren wirksam sein sollen. In diesen ist demnach (auch) eine Wiederherstellungsanordnung nach Art. 46 Abs. 2 BauG zu erblicken. Der Beschwerdeführer ficht sinngemäss Ziffer 3 d) der Verfügung vom 24. Mai 2018 an, soweit dies zutrifft.

Nach dem Gesagten wurde die baupolizeiliche Wiederherstellungsanordnung gemäss Ziffer 3 d) der Verfügung vom 24. Mai 2018 ohne vorangehendes baupolizeiliches Verfahren und ohne baupolizeiliche Zuständigkeit der verfügenden Behörde erlassen. Es wurden keine Beweiserhebungen gemacht, die für den Erlass einer definitiven Anordnung genügen. Das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers wurde verletzt. Eine Heilung der Verfahrensmängel im Beschwerdeverfahren ist angesichts dessen, dass erstinstanzlich noch überhaupt kein Wiederherstellungsverfahren durchgeführt worden ist, nicht möglich. Es ist nicht Sache der BVE, anstelle der ersten Instanz ein baupolizeiliches Wiederherstellungsverfahren durchzuführen, zumal damit dem Beschwerdeführer die erste Instanz entzogen würde.

Unter diesen Umständen ist eine Beurteilung der baupolizeilichen Wiederherstellungsanordnung im Beschwerdeverfahren nicht möglich.²¹ Die BVE ist befugt, ein Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren von Amtes wegen aufzuheben, wenn wesentliche Verfahrensgrundsätze derart verletzt sind, dass die richtige Beurteilung unmöglich oder wesentlich erschwert wird (Art. 40 Abs. 1 VRPG). Das Verfahren ist bis zum begangenen Fehler zurück aufzuheben.²² Vorliegend beschränkt sich das relevante Verfahren auf den Erlass der streitigen baupolizeilichen Wiederherstellungsanordnung mit Ziffer 3 d) der Verfügung vom 24. Mai 2018. Diese ist daher insoweit aufzuheben, als damit baupolizeiliche Wiederherstellungsanordnungen getroffen werden. Das Regierungsstatthalteramt hat die Tragweite dieser Anordnung in Erwägung 9 c) der Verfügung vom 5. Oktober 2018 näher ausgeführt. Ausführungen in den Erwägungen stellen keine rechtswirksamen Anordnungen dar. Solche sind vielmehr in das Dispositiv der Verfügung aufzunehmen.²³ Im Dispositiv der Verfügung vom 5. Oktober 2018 hat das Regierungsstatthalteramt hinsichtlich des streitigen Verbots, die Räumlichkeiten der

²¹ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 5

²² Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 7

²³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 4

C._____ Dritten zu überlassen, keine weiteren Anordnungen getroffen. Die Kassation erstreckt sich daher nicht auf die Verfügung vom 5. Oktober 2018.

c) Bei diesem Verfahrensausgang bleibt offen, ob und inwiefern es mit den Baupolizeivorschriften vereinbar ist, dass der Beschwerdeführer die Räumlichkeiten der C._____ Dritten für die Durchführung von Veranstaltungen überlässt. Sollte sich ein baupolizeilicher Handlungsbedarf ergeben, indem Anzeigen eingehen oder die Gemeinde selbst Verstösse gegen Baupolizeivorschriften feststellt, so ist die Gemeinde zu baupolizeilichem Einschreiten gemäss Art. 45 ff. BauG zuständig und verpflichtet.²⁴

3. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁵).

Zur Kostenliquidation enthält Art. 40 VRPG keine besondere Regel, weshalb die allgemeinen Grundsätze für die Kostenverlegung gelten. Danach werden der fehlbaren Behörde für Kassationsentscheide gestützt auf Art. 40 VRPG in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt.²⁶ Es werden daher keine Verfahrenskosten erhoben.

b) Die im Ergebnis obsiegende Partei hat Anspruch auf einen Parteikostenbeitrag zulasten der fehlbaren Behörde, wenn sie die Fehler gerügt hat.²⁷ Dies ist hier zu bejahen. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde geltend, dass die Verfügung vom 24. Mai 2018 im Baubewilligungsverfahren ergangen sei und dass nach dem Rückzug des Baugesuchs und der Abschreibung des Baubewilligungsverfahrens die in dieser Verfügung angeordnete Untersagung der Überlassung der Räumlichkeiten der C._____ an Dritte nicht weiter gelten dürfe. Damit bringt er sinngemäss vor, dass mit dieser Anordnung keine baupolizeiliche Wiederherstellungsanordnung hätte erlassen werden dürfen, da sie nicht im entsprechenden Verfahren ergangen sei. Im Fehlen eines gehörigen Verfahrens auf Erlass

²⁴ BVR 2011 S. 200 E. 4.4.2

²⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11

²⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 40 N. 11

der streitigen baupolizeilichen Wiederherstellungsanordnung liegt der Grund für die Kassation. Der Beschwerdeführer gilt daher als obsiegend und hat Anspruch auf vollen Parteikostenersatz.²⁸

Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers macht Parteikosten im Umfang von Fr. 1'228.75 geltend. Diese setzen sich zusammen aus einem Honorar von Fr. 1'118.–, Auslagen von Fr. 22.90 und der Mehrwertsteuer in Höhe von Fr. 87.85. Dies gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Das Regierungsstatthalteramt Thun hat somit dem Beschwerdeführer die Parteikosten von Fr. 1'228.75 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Ziffer 3 d) der Verfügung des Regierungsstatthalteramtes Thun vom 24. Mai 2018 wird von Amtes wegen aufgehoben, soweit damit baupolizeiliche Wiederherstellungsanordnungen getroffen werden.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Das Regierungsstatthalteramt Thun hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten im Betrag von Fr. 1'228.75 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin B._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Thierachern, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

²⁸ Vgl. BVR 1988 S. 134 E. 5

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident