



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2019/75

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 2. März 2020

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin 1

D. _____
Beschwerdeführer 2

E. _____
Beschwerdeführerin 3

F. _____
Beschwerdeführerin 4

G. _____
Beschwerdeführerin 5

H. _____
Beschwerdeführer 6

alle vertreten durch Frau Rechtsanwältin I. _____

und

Einwohnergemeinde Thun, Direktion Bau und Liegenschaften, Postfach 145, 3602 Thun
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt K. _____

sowie

Regierungsstatthalteramt Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalters von Thun vom 6. September 2019 (bpol
4/2017; Halle 6, Nutzungen und bauliche Veränderungen)

I. Sachverhalt

1. Mit Entscheid vom 11. Juni 2009 erteilte das Regierungsstatthalteramt Thun der Beschwerdeführerin 1 die Bewilligung für die Umnutzung der bestehenden Industriehalle (Halle 6) in ein Kompetenzzentrum für Architektur, Kultur und Design sowie Gastronomienutzung auf der Parzelle Thun 1 Grundbuchblatt Nrn. M._____ (bbew 12/2009). Die Parzelle liegt in einer Zone für öffentliche Nutzung ZöN und im Anwendungsbereich der Überbauungsordnung UeO b Areal Scheibenstrasse. Die Industriehalle ist als schützenswertes Baudenkmal und K-Objekt im Bauinventar eingetragen. Am 4. Februar 2010 bewilligte das Regierungsstatthalteramt im Zusammenhang mit diesem Projekt diverse kleinere Anpassungen und mit Entscheid vom 4. April 2012 bewilligte er ein weiteres Baugesuch der Beschwerdeführerin 1 für die Umwandlung in einen definitiven Gastgewerbebetrieb, die Erweiterung des Restaurants im Innen- und Aussenbereich, das Abführen der Küchenabluft über einen Hochkamin und eine neue Anlieferung (bbew 96/2011).

2. Mit Schreiben vom 15. März 2017 erklärte die Stadt Thun, sie sei darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Beschwerdeführerin 1 Bauten und Anlagen ohne Baubewilligung erstellt habe und gab dieser Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Mit Schreiben vom 29. Mai 2017 nahm die Beschwerdeführerin 1 zu den Vorwürfen Stellung. Auf Grund einer Beschwerde aus der Nachbarschaft führte das Regierungsstatthalteramt Thun mit dem Bauinspektor der Stadt Thun sowie dem Anzeiger am 17. Mai 2017 ein Bereinigungsgespräch durch. Mit Schreiben vom 18. September 2017 nahm die Stadt zuhänden des Regierungsstatthalteramts Stellung zu den verschiedenen offenen Punkten betreffend die Halle 6.

Mit Verfügung vom 18. Januar 2018 erklärte sich das Regierungsstatthalteramt für das Baupolizeiverfahren als zuständig, da die Stadt Thun als Eigentümerin Partei sei. Die Stadt Thun erhielt Gelegenheit, ein nachträgliches Baugesuch für die unbewilligten Bauteile, Anlagen und Nutzungen einzureichen. Gleichzeitig gab das Regierungsstatthalteramt den Parteien Gelegenheit sich zur Nutzung der Halle 6 als Büroraum, zur Heizung in der Halle 6, zur Heizung im Glashaus, zum Sonnendach über der Gartenwirtschaft, zu den Reklamen bei Gartenwirtschaft aareseitig sowie zur Anlieferung über die Notausgänge Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 23. Februar 2018 teilte der Anzeiger mit, er wolle sich am baupolizeilichen Verfahren nicht mehr beteiligen. Mit Schreiben vom 27. März 2018 nahm die Stadt Thun Stellung. Mit Verfügung vom 17. April 2018 erliess das Regierungsstatthalteramt in Bezug auf das Anbringen von Reklamen, die Heizung im Glashaus, die Anlieferung über die Notausgänge sowie bezüglich der von der Gebäudeversicherung Bern festgestellten Mängel Wiederherstellungsmassnahmen. Gleichzeitig gab es der Stadt Thun sowie der Beschwerdeführerin 1 Gelegenheit ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Am 27. März 2019 reichte die Beschwerdeführerin 1 eine Stellungnahme ein. Auf Aufforderung des Regierungsstatthalteramts mit Verfügung vom 9. April 2019 ging eine Stellungnahme der Beschwerdeführerin 1 vom 8. Mai 2019 mit verschiedenen Unterlagen sowie ein Schreiben der Stadt Thun vom 10. Mai 2019 ein. Mit verfahrensleitenden Verfügungen vom 17. Mai und 6. Juni 2019 beteiligte das Regierungsstatthalteramt unter anderem die Beschwerdeführenden 2 - 6 am Verfahren.

3. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 6. September 2019 – eröffnet an die Stadt Thun als Eigentümerin und Zustandsstörerin und u.a. an die Beschwerdeführenden 1 bis 6 als Verhaltensstörer – verfügte das Regierungsstatthalteramt Folgendes:

"1. Das Baupolizeiverfahren gemäss Verfügung vom 18. Januar 2018 wird als erledigt abgeschrieben betreffend folgender Punkte:

- d) Sonnendach über Gartenwirtschaft aareseitig,
 - e) Reklamen Gartenwirtschaft aareseitig und
 - f) Anlieferung > Notausgänge Ostseite.
2. Der Firma C._____ wird erlaubt, in der Halle 6 maximal vier Büroarbeitsplätze durch ihr eigenes Personal für Ausstellungs-, Kultur-, Ausbildungs- und Gastgewerbenutzung zu nutzen.
 3. Der Firma C._____ und den übrigen Verfahrensbeteiligten wird untersagt, darüber hinausgehend die Halle 6 als Büro zu nutzen. Die nicht bewilligten Arbeitsplätze der Firma C._____ sowie diejenigen ihrer Untermieter sind innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieser Verfügung zu räumen.
 4. Die Heizung der Halle 6 ist wie folgt zu drosseln:
 - a) Die Heizleistung ist auf maximal 187 kW zu beschränken.
 - b) Mittels Thermostat ist sicherzustellen, dass die Heizung ab einer Raumtemperatur von 18 Grad Celsius, gemessen 2 m über dem Boden, ausgeschaltet wird.
 - c) Heizleistung und Raumtemperatur sind aufzuzeichnen und der Baupolizeibehörde Thun jährlich zu dokumentieren, erstmals für das Kalenderjahr 2020.
 - d) Die diesbezüglichen Installationen sind zu plombieren.
 - e) Bei Überschreitung der obigen Parameter werden weitere baupolizeiliche Massnahmen ausdrücklich vorbehalten.
 5. Für die Heizung des Glasanbaus ist mittels Thermostat sicherzustellen, dass die Heizung ab einer Raumtemperatur von 10 Grad Celsius, gemessen 2 m über Boden, ausgeschaltet wird.
 6. Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 3'400.00 festgelegt und der Firma C._____ zur Zahlung auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit der Verhaltensstörer. [...].
 7. [Rechtsmittelbelehrung]
 8. [Eröffnung]"

4. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 8. Oktober 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE), seit 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion (BVD), ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Ziffern 3, 4 und 6 – eventuell 3, 4 b) bis e) und 6 – des angefochtenen Entscheides seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass sowohl die beanstandete Nutzung als auch die vorhandene Heizung – eventuell mit einer Heizleistung von 187 kW/h – rechtskräftig bewilligt sind und kein Widerrufsgrund vorliegt, unter Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen im Beschwerdeverfahren.
2. Eventuell zu Ziffer 1 hievor seien die Ziffern 3, 4 und 6 des angefochtenen Entscheides aufzuheben, die vorinstanzlichen Kosten neu zu verlegen und die Sache unter Kosten- und Entschädigungsfolgen im Beschwerdeverfahren zur neuen Beurteilung an den Regierungstatthalter von Thun zurückzuweisen.
 3. Subeventuell zu Ziffer 1 hievor sei die Wiederherstellungsfrist nach Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides bis mindestens 31. Oktober 2020 bzw. auf wenigstens 9 Monate ab dem neuen Entscheid zu verlängern, unter Ansetzung einer gleichen Frist zur Drosselung der Heizung nach Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides und unter Neuverlegung der vorinstanzlichen Kosten sowie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen im Beschwerdeverfahren."

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Stellungnahme vom 1. November 2019 beantragt das Regierungstatthalteramt die Abweisung der Beschwerde und bezüglich Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Die Stadt Thun nahm mit Eingabe vom 11. November 2019 Stellung. Dabei führte sie aus, sie verzichte in ihrer

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

Stellung als Nebenpartei darauf, eigene Anträge zu stellen und könne demnach im vorliegenden Verfahren unabhängig von dessen Ausgang auch nicht zur Kostentragung verurteilt werden.

6. Mit Zwischenverfügung vom 23. Dezember 2019 wies das Rechtsamt das Gesuch des Regierungsstatthalteramts um Entzug der aufschiebenden Wirkung ab. Gleichzeitig gab das Rechtsamt bekannt, dass die Stadt Thun im vorliegenden Verfahren – entgegen deren Ansicht – nicht als Beigeladene, sondern als von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte aufgenommen wird, da sie als Grundeigentümerin der betroffenen Parzelle von der angefochtenen Verfügung in eigenen Rechten betroffen sei. Weitere Stellungnahmen gingen vom Regierungsstatthalteramt am 8. Januar 2020 und von den Beschwerdeführenden nach verlängerter Frist am 13. Februar 2020 ein. Die Stadt Thun verzichtete mit Schreiben vom 12. Februar 2020 auf eine Stellungnahme. Das Regierungsstatthalteramt reichte am 14. Februar 2020 ein weiteres Schreiben ein.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) 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/BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

b) Die Beschwerdeführenden verlangen mit ihrem Hauptantrag neben der Aufhebung der mit Verfügung vom 6. September 2019 angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen die Feststellung, dass sowohl die beanstandete Nutzung als auch die vorhandene Heizung – eventuell mit einer Heizleistung von 187 kW/h – rechtskräftig bewilligt sind und kein Widerrufsgrund vorliegt. Feststellungsbegehren bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses und sind gegenüber leistungsverpflichtenden und rechtsgestaltenden Begehren subsidiär.³ Die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist eine Leistungsverfügung und setzt notwendigerweise voraus, dass überhaupt ein unrechtmässiger Zustand besteht. Die Beschwerdeführenden verlangen die Aufhebung der angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen und können daher mit dem Leistungsbegehren bestreiten, dass ein unrechtmässiger Zustand besteht. Auf das Feststellungsbegehren ist daher nicht einzutreten.

2. Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

³ Vgl. BVR 2010 S. 337 E. 3.2 mit Hinweisen.

Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁴

b) Die Beschwerdeführenden beantragen einzig die Aufhebung der Ziffer 3 (Räumung der nicht bewilligten Arbeitsplätze der Beschwerdeführerin 1 und ihrer Untermieter), Ziffer 4 (Drosselung der Heizung in der Halle 6 auf eine Heizleistung von 187 kW und eine Raumtemperatur von 10 Grad Celsius) und Ziffer 6 (Verfahrenskosten zu Lasten der Beschwerdeführenden) der angefochtenen Verfügung. Ihr Antrag umfasst zwar nicht Ziffer 2 (Erlaubnis für maximal vier Büroarbeitsplätze durch eigenes Personal), allerdings bringen sie in der Beschwerde vor, die Reduktion auf vier Arbeitsplätze sei rechtlich nicht haltbar. Da die Anträge zusammen mit der Begründung zu verstehen sind und sich Ziffer 2 nicht von der ausdrücklich angefochtenen Ziffer 3 trennen lässt, muss Ziffer 2 auch als mitangefochten gelten.

Die Ziffer 1 (Abschreibung des Baupolizeiverfahrens bezüglich Sonnendach und Reklamen in der Gartenwirtschaft sowie die Anlieferung über die Notausgänge) und die Ziffer 5 (Drosselung der Heizung im Glasanbau auf 10 Grad Celsius) werden von den Beschwerdeführenden dagegen nicht angefochten und bilden daher nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3 Zuständigkeit des Regierungsstatthalteramts Thun

a) Vorab stellt sich die Frage, ob das Regierungsstatthalteramt für die Durchführung des Baupolizeiverfahrens in der vorliegend strittigen Angelegenheit und damit den Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig war.

b) Die Baupolizei ist Sache der zuständigen Gemeindebehörde, die unter der Aufsicht des Regierungsstatthalteramtes steht (Art. 45 Abs. 1 BauG, Art. 47 BewD⁵).⁶ Für die Durchführung baupolizeilicher Verfahren ist primär die Gemeinde zuständig. Die Gemeinde ist selbst dann Baupolizeibehörde und hat gegen baurechtswidrige Zustände einzuschreiten, wenn Bauten und Anlagen auf gemeindeeigenem Land betroffen sind.⁷ Erst wenn die zuständige Gemeindebehörde ihren gesetzlichen Pflichten als Baupolizeibehörde nicht nachkommt und dadurch öffentliche Interessen gefährdet sind, kann der Regierungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin die erforderlichen Massnahmen verfügen (Art. 48 Abs. 1 BauG). Bevor das Regierungsstatthalteramt selber baupolizeilich einschreiten kann, muss der säumigen Gemeinde jedoch eine angemessene Frist zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten gesetzt werden (Art. 48 Abs. 1 BewD). Nur bei Gefahr im Verzug kann das Regierungsstatthalteramt ohne vorgängige Fristansetzung handeln.⁸ Sofern das Regierungsstatthalteramt selber baupolizeilich einschreitet, stehen ihm alle in den Art. 45 bis 47 BauG erwähnten Massnahmen zur Verfügung. Für das Baupolizeiverfahren bestehen somit klare Zuständigkeitsvorschriften, welche eine primäre Zuständigkeit der Gemeinde vorsehen (Art. 47 und Art. 48 BewD). Die Bestimmung von Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD, wonach der Regierungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin in jedem Fall zuständig ist für Bauvorhaben, die für Zwecke der

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8.

⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 47 N 2.

⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 45 N. 1 mit Hinweis auf die Rechtsprechung.

⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 48 N. 1.

Gemeinde bestimmt sind, gilt demgegenüber nur für das Baubewilligungsverfahren und kann nicht auf baupolizeiliche Verfahren angewendet werden (vgl. Art. 8 Abs. 1 BewD).

Die primäre Zuständigkeit bzw. die Selbstverantwortung der Gemeinde wird im Übrigen durch das Gemeinderecht bekräftigt. Werden in einer Gemeinde Unregelmässigkeiten festgestellt, so klärt das zuständige Gemeindeorgan die Angelegenheit ab und veranlasst die notwendigen Massnahmen (Art. 86 Abs. 1 GG⁹). Auch das Gemeinderecht geht somit davon aus, dass die Gemeinden selbst für das Funktionieren ihrer Verwaltungen und dementsprechend auch für die Behebung allfälliger Unregelmässigkeiten verantwortlich sind.¹⁰ Hierbei ist unerheblich, ob die Gemeindeorgane selbst, kantonale Stellen oder Private die Unregelmässigkeiten entdecken.¹¹ In jedem Fall darf der Kanton gemäss dem Subsidiaritätsprinzip erst dann eingreifen, wenn die Gemeinde dieser Pflicht nicht selbst oder nur ungenügend nachkommt bzw. nachkommen kann.¹²

c) Vorliegend hat das Bauinspektorat der Stadt Thun mit Schreiben vom 15. März 2017 im Zusammenhang mit der Halle 6 ein baupolizeiliches Verfahren eingeleitet.¹³ Auch die anlässlich des Bereinigungsgesprächs vom 17. Mai 2017 erfasste baupolizeiliche Anzeige eines Nachbarn sollte in diesem Verfahren durch die Stadt geprüft werden.¹⁴ Es bestanden damit keine Anzeichen, dass die Stadt Thun ihren gesetzlichen Pflichten als Baupolizeibehörde nicht nachgekommen wäre. Die Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Regierungsstatthalters gemäss Art. 48 Abs. 1 BauG waren somit offensichtlich nicht erfüllt. Selbst wenn die Stadt Thun ihren baupolizeilichen Pflichten nicht nachgekommen wäre, hätte das Regierungsstatthalteramt dieser zuerst eine angemessene Frist zur Erfüllung der baupolizeilichen Pflichten ansetzen müssen (Art. 48 Abs. 1 BewD), zumal keine Gefahr im Verzug war. Erst wenn das Bauinspektorat weiterhin säumig geblieben wäre, hätte das Regierungsstatthalteramt selber Massnahmen gemäss Art. 45 bis 47 BauG verfügen können. Diese Mahnung ist jedoch unterblieben.

Gemäss Verfügung vom 18. Januar 2018¹⁵ hat das Regierungsstatthalteramt das baupolizeiliche Verfahren selber an die Hand genommen, weil die Stadt Thun als Eigentümerin Partei sei. Dies reicht nach dem Gesagten (E. 3b) jedoch nicht aus, um als Aufsichtsbehörde anstelle der zuständigen Gemeinde das baupolizeiliche Verfahren durchzuführen. Es ist zwar zutreffend, dass möglicherweise ein Interessenskonflikt der Gemeindebaupolizeibehörde bestehen kann, wenn die Gemeinde selbst Grundeigentümerin des betroffenen Grundstücks ist und damit allenfalls für einen baurechtswidrigen Zustand (mit)verantwortlich ist. Wie bereits ausgeführt, ist die Gemeinde jedoch sowohl basierend auf das Gemeinde- als auch auf das Baurecht primär selber verantwortlich, die notwendigen Massnahmen zur Behebung von in der Gemeinde festgestellten Unregelmässigkeiten zu treffen, auch wenn damit automatisch ein gewisser Interessenskonflikt einhergeht. Ein allfälliger Interessenskonflikt kann deshalb keinen Einfluss auf die primäre Zuständigkeit der Gemeindebaupolizeibehörde haben, da ansonsten die klaren gesetzlichen Bestimmungen zur Selbstverantwortung der Gemeinde unterlaufen würden. Vorliegend kommt hinzu, dass verschiedene Direktionen der Stadt Thun involviert sind. So ist das Bauinspektorat der Direktion Finanzen Ressourcen Umwelt angegliedert. Für Grundstücke

⁹ Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG; BSG 170.11).

¹⁰ Wichtermann, in Kommentar zum bernischen GG, 1999, Art. 86 N. 1.

¹¹ Wichtermann, a.a.O., Art. 86 N. 2.

¹² Wichtermann, a.a.O., Art. 86 N. 1.

¹³ Vorakten bpol 4/2017, pag. 67.

¹⁴ Vorakten bpol 4/2017, pag. 62.

¹⁵ Vorakten bpol 4/2017, pag. 36.

im Eigentum der Stadt Thun ist dagegen das Amt für Stadtliegenschaften zuständig, welches zur Direktion für Bau und Liegenschaften gehört.

d) Das Regierungsstatthalteramt war damit vorliegend nicht zuständig für die Durchführung des baupolizeilichen Verfahrens. Da die Verfügung – was die angefochtenen Wiederherstellungsmassnahmen anbelangt (vgl. E. 2b) – mangels Entscheidreife aufzuheben und das Verfahren zurückzuweisen ist (vgl. E. 4), geht die Sache zur Fortführung des Verfahrens an das zuständige Bauinspektorat der Stadt Thun.

4. Heizung der Halle 6

a) Das Regierungsstatthalteramt hat mit der angefochtenen Verfügung als Wiederherstellungsmassnahme die Drosselung der Heizung der Halle 6 angeordnet, indem die Heizleistung auf maximal 187 kW und die Raumtemperatur auf maximal 18 Grad Celsius zu beschränken ist.

b) Die Beschwerdeführenden erachten die Heizung als bewilligt. Im Baubewilligungsverfahren bbew 12/2009 zur Umnutzung der bestehenden Industriehalle in ein Kompetenzzentrum für Architektur, Kultur und Design mit Gastronomienutzung seien die damals für erforderlich erachteten energetischen Abklärungen durchgeführt worden und die Frage der Rechtmässigkeit der vorbestehenden Heizung durch eine exakt der heutigen baupolizeilichen Anzeige entsprechende Rüge in das Verfahren eingebracht worden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, wieso von einer unbewilligten Heizung ausgegangen werden müsse. Die damaligen Baugesuchsunterlagen hätten auf dem Weiterbetrieb der für die Übergangsnutzung eingebauten Heizung beruht.

c) Im vorinstanzlichen Verfahren blieb weitgehend ungeklärt, ob die Heizung – wie dies die Beschwerdeführenden geltend machen – aufgrund der im Jahr 2009 erteilten Umnutzungsbewilligung als bereits bewilligt zu gelten hat. Zwar vertritt das Regierungsstatthalteramt im angefochtenen Entscheid die Ansicht, dass dies nicht der Fall sei (S. 7 unten), eine nähere Begründung bzw. eine Auseinandersetzung mit den von den Beschwerdeführenden bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Argumenten dazu fehlt jedoch. Das Regierungsstatthalteramt begründet insbesondere nicht näher, wie es zum Schluss kommt, dass mit dem damaligen Baugesuch vom 3. Februar 2009 keine dauernde Beheizung beantragt wurde. Unklar ist auch, wie die Vorinstanz zur Ansicht gelangt, dass die EMN-Kontrollstelle bei ihrem Bericht vom 1. April 2009 irrtümlicherweise von einer damals rechtmässig betriebenen Heizung ausging und warum sich daraus schliessen lässt, dass die Heizung nicht Teil des Baugesuchs und damit Teil der erteilten Bewilligung war. Es wird daher näher zu prüfen sein, ob die im Rahmen der im November 2002 bewilligten Übergangsnutzung (bbew 119/2002) eingebaute Heizung mit dem Gesamtbauentscheid vom 11. Juni 2009 für die Umnutzung der Halle 6 in ein Kompetenzzentrum für Architektur, Kultur und Design sowie Gastronomienutzung (bbew 12/2009) mitbewilligt wurde, was eine vertiefte Auseinandersetzung mit den damaligen Unterlagen und allenfalls Rückfragen bei den damals involvierten Behörden und Fachleuten bedingt.

d) Soweit die eingebaute Heizung mit einer Leistung von 400 kW nicht mit dem Gesamtentscheid vom 11. Juni 2009 bewilligt wurde, ist im Rahmen der Wiederherstellungsanordnung die Fünfjahresfrist von Art. 46 Abs. 3 BauG zu beachten. Danach kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach Ablauf von fünf Jahren seit Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen

es erfordern. Erkennbar ist ein rechtswidriger Zustand, wenn er von der Behörde bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden können und müssen.¹⁶ Vorliegend war dies bezüglich der Heizung mit der zu hohen Leistung spätestens im Verfahren auf Umnutzung der Halle 6 in ein Kompetenzzentrum für Architektur, Kultur und Design sowie Gastronomienutzung im Jahr 2009 der Fall, in welchem dies vom Nachbarn mittels Einsprache vorgebracht wurde. Das Regierungsstatthalteramt hat es im angefochtenen Entscheid unterlassen, im Zusammenhang mit der angeordneten Drosselung der Heizung von 400 kW auf 187 kW das Vorliegen zwingender öffentlicher Interessen zu prüfen. Auch wenn das Vorliegen solcher zwingender öffentlicher Interessen zweifelhaft ist, kann dies nur bei Kenntnis und Vergleich des Energieverbrauchs der Heizanlage mit den unterschiedlichen Leistungen sowie den daraus resultierenden Auswirkungen auf die Umgebung und die Umwelt abschliessend beurteilt werden. Hierzu fehlen die nötigen Angaben bzw. Abklärungen.

e) Was die vom Regierungsstatthalteramt angeordnete Drosselung der Raumtemperatur in der Halle 6 auf 18 Grad Celsius betrifft, so fehlt im angefochtenen Entscheid eine Begründung, inwiefern dieses Massnahme geeignet sein soll, um den (allfälligen) rechtswidrigen Zustand (Heizung mit zu grosser Leistung) zu beheben. Näher abzuklären wäre insbesondere, ob die von den Beschwerdeführenden gewünschte, über 18 Grad Celsius liegende Raumtemperatur auch mit der bewilligten Heizung mit einer Leistung von 187 kW zu erreichen ist. Sollte dies der Fall sein, so stünde die angeordnete Drosselung der Raumtemperatur auf 18 Grad Celsius in keinem Zusammenhang mit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und wäre unzulässig.

5. Büroarbeitsplätze für eigenes Personal

a) Im Rahmen der Wiederherstellung hat das Regierungsstatthalteramt die Anzahl der Büroarbeitsplätze, welche die Beschwerdeführerin 1 durch ihr eigenes Personal für Ausstellungs-, Kultur-, Ausbildungs- und Gastgewerbenutzung bereitstellen darf, in der Halle 6 auf maximal vier beschränkt (Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung). Alle weiteren Arbeitsplätze – sowohl für das eigene Personal als auch für weitere Untermieter – hat die Vorinstanz verboten und deren Räumung verfügt (Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung).

b) Die Beschwerdeführenden bringen u.a. vor, die maximal vier Arbeitsplätze für die Hallenbetreiberin seien zu wenig. Bereits im Wettbewerbsprojekt habe diese einen eigenen Bedarf von bis zu 24 Arbeitsplätzen ausgewiesen; aktuell seien deutlich mehr als vier Arbeitsplätze von der Betreiberin selber genutzt. Die Reduktion auf maximal vier Arbeitsplätze für das eigene Personal sei rechtlich nicht haltbar.

c) Wie die Beschwerdeführenden zu Recht vorbringen, lässt sich aus dem vorinstanzlichen Entscheid bzw. den Vorakten nicht schliessen, woraus das Regierungsstatthalteramt die Zulässigkeit von maximal vier Arbeitsplätzen für die Zwecke der Hallenbetreiberin ableitet. Es wird lediglich festgehalten, dass man den Parteien mit Verfügung vom 18. Januar 2018 vorgeschlagen habe, als "dazugehörende Büronutzung" im Sinne der Überbauungsvorschriften maximal vier Arbeitsplätze in der Halle zu tolerieren und dies als angemessen beurteilt werde. Eine Begründung für die Begrenzung auf maximal vier eigene Arbeitsplätze fehlt komplett, weshalb dieser Schluss nicht nachvollziehbar ist. Grundsätzlich wird im Rahmen der neuen Beurteilung zu prüfen sein, ob eine Beschränkung der Anzahl der für das eigene Personal der Beschwerdeführerin 1 genutzten Arbeitsplätze im Rahmen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands überhaupt angezeigt ist. Falls ja wird näher zu klären sein, wie gross

¹⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11.

der Bedarf der Beschwerdeführerin 1 an eigenen Arbeitsplätzen in der Halle 6 tatsächlich ist. Bei dieser Beurteilung ist etwa zu berücksichtigen, wie viele Arbeitsplätze für eigenes Personal bislang von dieser in der Halle genutzt wurden, ob dieser Bedarf gerechtfertigt ist und welche Räumlichkeiten für die eigenen Arbeitsplätze ausserhalb der eigentlichen Halle zur Verfügung stehen.

6. Teilweise Rückweisung

a) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird. Mangelnde Entscheidungreife der Angelegenheit kann einen solchen Grund abgeben.¹⁷

b) Die Angelegenheit erweist sich – was die angefochtenen Wiederherstellungsmassnahmen betrifft – als nicht entscheidreif. So hat das Regierungsstatthalteramt verschiedene Punkte nur ungenügend oder gar nicht abgeklärt (vgl. E. 4 und 5). Es ist nicht Aufgabe der BVD als Rechtsmittelinstanz, diese Abklärungen im Baubeschwerdeverfahren erstmals vorzunehmen. Dazu kommt, dass das Regierungsstatthalteramt für die Durchführung des baupolizeilichen Verfahrens gar nicht zuständig gewesen wäre (vgl. E. 3). Es rechtfertigt sich daher, die Ziffern 2, 3 und 4 der angefochtenen Verfügung vom 6. September 2019 aufzuheben und die Akten gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VRPG zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an das zuständige Bauinspektorat der Stadt Thun zurückzuweisen.

Ziffer 1 und 5 der Verfügung vom 6. September 2019 wurden von den Beschwerdeführenden dagegen nicht angefochten und haben damit weiterhin Bestand.

c) Was die Ziffer 6 der Verfügung (Auferlegung der Verfahrenskosten von Fr. 3'400.00) anbelangt, so haben die Beschwerdeführenden zwar deren Aufhebung beantragt unter Neuverlegung dieser Kosten. Ihre Begründung, wieso diese Kosten der Stadt Thun aufzuerlegen seien, bezieht sich dabei einzig auf die Heizung und Büronutzung der Halle 6. Bezüglich dieser Punkte wird die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung an das Bauinspektorat der Stadt Thun geschickt. Damit sind auch die dafür angefallenen Verfahrenskosten des unzuständigen Regierungsstatthalteramts aufzuheben.

Ein Anteil der verfügten Verfahrenskosten fällt jedoch auf die unangefochtenen Ziffern 1 und 5 der Verfügung und ist weiterhin durch die Beschwerdeführenden zu tragen. Der Aufwand im vorinstanzlichen Verfahren für die in diesen beiden Ziffern geregelten Inhalte dürfte deutlich kleiner gewesen sein als für die umstrittenen Wiederherstellungsanordnungen, weshalb es der BVD angemessen erscheint, diesen Anteil der Verfahrenskosten pauschal auf Fr. 850.00 festzulegen. Ziffer 6 der angefochtenen Verfügung wird daher entsprechend angepasst. Aus diesem Grund wird die Beschwerde nur teilweise gutgeheissen.

¹⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 3.

d) Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist es nicht nötig, die weiteren Rügen der Beschwerde zu behandeln. Auf den von diesen beantragten Augenschein konnte bei diesem Ergebnis ebenfalls verzichtet werden.

7. Kosten

a) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.00 bis Fr. 4'000.00 je Beschwerde erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV¹⁸). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale auf Fr. 1'600.00 festgelegt.

b) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringen die Beschwerdeführenden nur teilweise durch: Auf das Feststellungsbegehren wird nicht eingetreten und Ziffer 6 der angefochtenen Verfügung wird nur teilweise aufgehoben. Im Übrigen gelten die Beschwerdeführenden aber als obsiegend. Zwar dringen sie nur mit ihrem Eventualbegehren auf Rückweisung durch. Praxisgemäss ist jedoch im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neuurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.¹⁹ Bei dieser Ausgangslage erachtet es die BVD als angemessen, die Beschwerdeführenden zu einem Viertel aus unterliegend zu bezeichnen. Sie haben damit Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 400.00 zu tragen.

Die Stadt Thun als von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte hat im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf das Stellen von Anträgen verzichtet. Sie hat in ihrer Eingabe vom 11. November 2019 diversen Vorbringen der Beschwerdeführenden beigepliziert. Sie kann daher nicht als unterliegend gelten. Dem Regierungsstatthalteramt können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 1'200.00 trägt daher der Kanton.

c) 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). Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführenden – analog zur Verteilung der Verfahrenskosten – als zu drei Viertel obsiegend.

Die Kostennote der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden beläuft sich auf Fr. 7'155.65 (Honorar Fr. 6'458.35, Auslagen Fr. 185.70, Mehrwertsteuer Fr. 511.60). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²⁰ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 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 KAG²¹). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein

¹⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

¹⁹ BVR 2016 S. 222 E. 4.1.

²⁰ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811).

²¹ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses sind insgesamt als knapp durchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 4'000.00 als angemessen.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführenden mit Ausnahme des Beschwerdeführers 6 mehrwertsteuerpflichtig sind.²² Die Beschwerdeführenden 1 bis 5 können somit die von ihrer Rechtsvertreterin auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihnen fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Für die Beschwerdeführenden 1 bis 5 kann daher bei der Parteientschädigung keine Mehrwertsteuer berücksichtigt werden. Die Kosten der Anwältin der Beschwerdeführenden werden damit auf Fr. 4'239.40 (Honorar Fr. 4'000.00, Auslagen Fr. 185.70, Mehrwertsteuer bezüglich Beschwerdeführer 6 Fr. 53.70) festgesetzt.

Wie ausgeführt kann die Stadt Thun nicht als unterliegend gelten. Da keine Gegenpartei im Verfahren ist, der diese Kosten auferlegt werden können, hat das Regierungsstatthalteramt Thun als Vorinstanz drei Viertel der Parteikosten der Beschwerdeführenden, ausmachend Fr. 3'179.55, gestützt auf Art. 108 Abs. 3 VRPG zu übernehmen.²³

Die Stadt Thun als von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte hat auf das Stellen von Anträgen verzichtet, weshalb sie keine Parteikostenentschädigung beanspruchen kann.²⁴

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Die Ziffern 2, 3 und 4 der Verfügung des Regierungsstatthalteramtes Thun vom 6. September 2019 werden aufgehoben. Ziffer 6 der Verfügung des Regierungsstatthalteramtes Thun vom 6. September 2019 wird insofern angepasst, als die Verfahrenskosten neu auf Fr. 850.00 festgelegt werden.

Die Sache geht zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an das Bauinspektorat der Stadt Thun.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 400.00 zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Der Kanton (Regierungsstatthalteramt Thun) hat den Beschwerdeführenden Parteikosten im Betrag von Fr. 3'179.55 zu ersetzen.

²² Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

²³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 13.

²⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 13.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin I. _____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt K. _____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, eingeschrieben
- Bauinspektorat der Stadt Thun, Industriestrasse 2, Postfach 145, 3602 Thun, A-Post

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.