



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2021/72

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 18. November 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Berner Heimatschutz BHS, handelnd durch seine statutarischen Organe, Kantonale
Geschäftsstelle, Kramgasse 12, 3011 Bern
Beschwerdeführer

vertreten durch Frau Rechtsanwältin D. _____

und

Einwohnergemeinde Thun, Tiefbauamt, Industriestrasse 2, Postfach 145, 3602 Thun
Beschwerdegegnerin

sowie

Regierungsstatthalter von Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalters von Thun vom 9. August 2021
(bzus 20/2021; Ersatz Geländer zwischen Gehweg und Aare)

I. Sachverhalt

1. Die Stadt Thun beabsichtigt, das Staketengeländer am Aarequai zwischen dem Mühleplatz und der Ländte Hofstetten durch ein neues Geländer zu ersetzen.¹ Das Bauvorhaben liegt in der Uferschutzzone, im Altstadt- bzw. Ortsbildgebiet, innerhalb der Baugruppe A (Hauptgasse-Schlossberg) sowie der Baugruppe C (Hofstetten), in der Uferschutzzone und innerhalb des Gewässerraums. Die Stadt Thun ist im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) als Ortsbild von nationaler Bedeutung inventarisiert.

2. Das Tiefbauamt liess das ausgewählte Geländer für eine Länge von 370 m produzieren und begann Ende April 2021 mit dessen Montage.² Am 23. April 2021 erkundigte sich der Berner Heimatschutz erstmals telefonisch beim Bauinspektorat der Stadt Thun, ob für den

¹ A. _____ AG, Geländer und mobile Schutzmassnahmen Aarequai Thun, Technischer Bericht vom 18. Juli 2018 (nachfolgend: Technischer Bericht), Vorakten pag. 48 ff.

² Vgl. E-Mail des Gemeindevertreters vom 27. Juli 2021, Fotos in den Vorakten pag. 04, 30, 32-34; Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin.

Geländerersatz eine Baubewilligung vorliege. Das Bauinspektorat leitete die Anfrage zunächst an das damit befasste Tiefbauamt weiter und wandte sich schliesslich an den Regierungsrat von Thun. Dieser hatte bereits vom Tiefbauamt eine Anfrage zur Baubewilligungspflicht erhalten. Das Tiefbauamt stellte die Bauarbeiten beim Geländerersatz ein.³

3. Mit Schreiben vom 1. Mai 2021 beantragte der Berner Heimatschutz beim Bauinspektorat die definitive Baueinstellung. Das Bauinspektorat leitete das Schreiben zur Bearbeitung an den Regierungsrat weiter. Mit Stellungnahme vom 5. Mai 2021 hielt der Regierungsrat fest, der Ersatz des Geländers sei baubewilligungsfrei. Der Berner Heimatschutz beantragte mit Schreiben vom 17. Mai 2021 beim Bauinspektorat Akteneinsicht. Zudem verlangte er, dass entweder mit anfechtbarer Verfügung festgestellt werde, dass das Vorhaben baubewilligungsfrei sei oder dass ein Baugesuch eingereicht werde. Das Bauinspektorat leitete das Schreiben an den Regierungsrat weiter. Dieser ordnete an, dass das neue Gelände zur Veranschaulichung auf einer Länge von 30 m montiert werden müsse. Der Berner Heimatschutz wehrte sich erneut gegen den Ersatz des Geländers.

4. Mit Verfügung vom 9. August 2021 stellte der Regierungsrat von Thun fest, dass der Ersatz des Geländers zwischen Ländte Hofstetten und Sinnebrücke nicht baubewilligungspflichtig sei.

5. Dagegen reichte der Berner Heimatschutz am 9. September 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein und stellt folgende Rechtsbegehren:

1. «Die Verfügung des Regierungsrates von Thun vom 9. August 2021 sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass der Ersatz des Geländers am Aarequai zwischen Ländte und Sinnebrücke baubewilligungspflichtig ist sowie die Einwohnergemeinde der Stadt Thun bzw. das Tiefbauamt der Stadt Thun sei anzuweisen, für das geplante Bauvorhaben bei der zuständigen Behörde eine Baubewilligung einzuholen.
2. Die Einwohnergemeinde der Stadt Thun bzw. das Tiefbauamt der Stadt Thun sei im Sinne von vorsorglichen Massnahmen anzuweisen, bis zum Entscheid über die vorliegende Beschwerde vom Ersatz des Geländers am Aarequai zwischen Ländte Hofstetten und Sinnebrücke abzusehen.»

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁴, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Ausserdem gab es dem Bauinspektorat der Stadt Thun Gelegenheit zur Stellungnahme. Dieses äusserte sich mit Eingabe vom 11. Oktober 2021. Der Regierungsrat von Thun beantragt mit Stellungnahme vom 17. September 2021, die Beschwerde sei abzuweisen. Mit Beschwerdeantwort vom 11. Oktober 2021 beantragt die Beschwerdegegnerin ebenfalls die Abweisung der Beschwerde.

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

³ Vgl. E-Mailverkehr, Vorakten pag. 25 ff.

⁴ 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).

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist der Entscheid des Regierungsstatthalters nach Art. 48 Abs. 2 Bst. a BewD⁵, in dem dieser die Baubewilligungspflicht des umstrittenen Vorhabens verneinte. Ein solcher Entscheid unterliegt der Beschwerde nach Art. 49 BauG^{6,7}. Nach dieser Bestimmung können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Der Beschwerdeführer war Anzeiger und hat sich im vorinstanzlichen Verfahren als Partei beteiligt (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG). Der Berner Heimatschutz ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB⁸ und erhebt Rügen im Rahmen seines statutarischen Zweckes. Er ist mit seinem Begehren unterlegen, durch die angefochtene Verfügung berührt und daher zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 65 VRPG⁹). Er hat die Beschwerde form- und fristgerecht eingereicht.

c) Nach Art. 48 Abs. 2 BewD entscheidet der Regierungsstatthalter im Zweifelsfall, ob ein Bauvorhaben einer Baubewilligung bedarf und welcher Art diese ist. Feststellungsverfügungen sind gegenüber rechtsgestaltenden Verfügungen subsidiär und setzen ein entsprechendes Feststellungsinteresse voraus. Im Vordergrund steht dabei das Interesse, dank der vorzeitigen Rechtsklärung das Risiko nachteiliger Dispositionen oder ein allenfalls aufwändiges Baubewilligungsverfahren zu vermeiden. Wird jedoch bereits ohne Baubewilligung gebaut, muss die Baupolizeibehörde ein baupolizeiliches Verfahren eröffnen (vgl. Art. 46 BauG). Wenn aufgrund einer baupolizeilichen Anzeige bereits ein Wiederherstellungsverfahren hängig ist, besteht kein schutzwürdiges Interesse an einem separaten Feststellungsentscheid über die Baubewilligungspflicht. Denn über diese Frage kann im Wiederherstellungsverfahren entschieden werden.¹⁰ Ist zu Unrecht ein Feststellungsentscheid ergangen, tritt die Rechtsmittelbehörde nicht auf die dagegen erhobene Beschwerde ein.

Der Beschwerdeführer intervenierte beim Bauinspektorat der Stadt Thun zunächst telefonisch, später schriftlich gegen die laufende Montage eines neuen Geländers. Er reichte damit eine baupolizeiliche Anzeige ein. Während das Bauinspektorat den Sachverhalt abklärte, stellte das Tiefbauamt der Stadt Thun die Arbeiten ein und gelangte für die Beurteilung der Baubewilligungspflicht bereits an den Regierungsstatthalter. Das Bauinspektorat eröffnete kein baupolizeiliches Verfahren;¹¹ es ist somit kein Wiederherstellungsverfahren hängig. Das Feststellungsinteresse an einem Entscheid über die Baubewilligungspflicht ist gegeben. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2. Baubewilligungspflicht

a) Der Beschwerdeführer rügt, das Bauvorhaben habe erhebliche räumliche Auswirkungen. Das Vorhaben liege in einem Ortsbildschutzgebiet und in der Uferschutzzone. Ausserdem sei der Aareraum im ISOS mit dem Erhaltungsziel A aufgenommen, was bedeute, dass alle Bauten,

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

⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 49 N. 2a.

⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)

⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹⁰ BVR 2016 S. 273 E. 2.2-2.5.

¹¹ Stellungnahme des Bauinspektorats der Stadt Thun vom 11. Oktober 2021; E-Mailverkehr, Vorakten pag. 23-29.

Anlageteile und Freiräume integral zu erhalten und störende Eingriffe zu beseitigen seien. Es handle sich um eine empfindliche Umgebung. Das Bauvorhaben habe sichtbare Auswirkungen und müsse mit den Interessen des Orts- und Landschaftsbildschutzes abgestimmt werden. Das Ersatzgeländer sei höher, es weise viel kleinere und weniger Verzierungen auf und die Stäbe seien deutlich geringer dimensioniert als beim bestehenden Geländer. Das Ersatzgeländer unterscheide sich damit deutlich vom Original. Vorliegend gehe es um einen Abbruch und den vollständigen Ersatz durch etwas Neues. Dies falle nicht unter die baubewilligungsfreien Strassenbauvorhaben wie beispielsweise Unterhaltsarbeiten, kleine Reparaturen oder Renovationsarbeiten. Ein Ersatzneubau sei raumwirksam und daher baubewilligungspflichtig. Das neue Geländer werde nicht wie das bisherige an der Uferkante montiert, sondern um ca. 20 cm nach innen versetzt, was eine Verengung des Aarequai zur Folge habe. Die Problematik mit den bereits engen Verhältnisse für Fussgänger und Velofahrer werde dadurch verstärkt. Nebst dem Ortsbildschutz betreffe das Vorhaben den Gewässerraum. Da es in der Uferschutzzone liege, sei die Zustimmung des Amts für Gemeinden und Raumordnung erforderlich. Das Geländer habe einen Einfluss auf den Zugang zum Gewässer und bedürfe daher auch einer Wasserbaupolizeibewilligung.

Die Beschwerdegegnerin bringt dagegen vor, das 50 Jahre alte, im Sockelbereich teilweise korrodierte Geländer werde nur durch ein neues ersetzt. Es handle sich um eine baubewilligungsfreie Instandhaltungsarbeit im Sinne einer Erhaltungsmassnahme an einem Bestandteil der Strasse. Die starke Frequentierung des Aarequai erfordere eine Erhöhung des Geländers als Absturzsicherung. Die Versetzung des Geländers betrage weniger als 20 cm, das Geländer werde nach wie vor auf dem Randstein in deutlichem Abstand zur Fahrbahn montiert. Es finde keine baubewilligungspflichtige Umgestaltung der Strasse statt. Das bestehende Geländer sei weder als schützenswert noch als erhaltenswert eingestuft und habe keine besondere denkmalpflegerische Bedeutung. Es sei auch nicht über die ganze Länge einheitlich gemustert. Weitere Reparaturen am bestehenden Geländer würden zu einem noch grösseren Flickwerk führen und wären nicht wirtschaftlich. Das neue Geländer habe über die ganze Länge eine einheitliche Struktur bezüglich Musterung und Verankerung und führe zu einer Aufwertung der Umgebung.

b) Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG¹² dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Die Kantone können den Kreis der nach dem RPG bewilligungspflichtigen Vorkehren nicht einschränken, sondern höchstens ausdehnen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als bewilligungsbedürftige Bauten und Anlagen «jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen».¹³ Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit deren Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Das Bundesgericht folgt einer wirkungsbezogenen Betrachtungsweise, wonach es in erster Linie auf qualitative und weniger auf quantitative Aspekte ankommt.¹⁴

Der bernische Gesetzgeber hat die baubewilligungspflichtigen und baubewilligungsfreien Vorhaben gemäss den bundesrechtlichen Vorgaben in Art. 1a und Art. 1b BauG in genereller Art und Weise definiert. Baubewilligungspflichtig ist nicht nur die Erstellung von Bauten und Anlagen,

¹² Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

¹³ BGE 123 II 256 E. 3, 119 Ib 222 E. 3.a.

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 10 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

sondern auch deren Abbruch (vgl. Art. 1a Abs. 1 und 2 BauG). Keiner Baubewilligung bedürfen geringfügige Bauvorhaben wie insbesondere der Unterhalt von Bauten und Anlagen. (vgl. Art. 1b BauG). Im Bewilligungsdekret sind die baubewilligungsfreien Bauvorhaben aufgezählt. Nach Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD ist das Unterhalten und Ändern – einschliesslich das Umnutzen – von Bauten und Anlagen baubewilligungsfrei, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind. Baubewilligungsfrei sind auch Einfriedungen bis zu 1,20 m Höhe (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Die Aufzählung von Art. 6 BewD steht jedoch explizit unter dem Vorbehalt von Art. 7 BewD. Betrifft ein in Art. 6 BewD genanntes Bauvorhaben den Gewässerraum, den Wald, ein Naturschutz- oder Ortsbildschutzgebiet, ein Baudenkmal oder dessen Umgebung und ist das entsprechende Schutzinteresse betroffen, ist es baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 2 BewD). Die Baubewilligungsfreiheit ist ebenfalls eingeschränkt, wenn das Vorhaben ausserhalb der Bauzone liegt und geeignet ist, die Nutzungsordnung zu beeinflussen (Art. 7 Abs. 1 BewD). Von der Baubewilligungspflicht ausgenommen sind demnach nur bauliche Kleinvorhaben, die zum einen nur ein geringes Ausmass haben und zum anderen weder öffentliche noch nachbarliche Interessen tangieren. Letztlich hängt die Frage der Bewilligungspflicht aber nicht nur vom Bauvorhaben selbst, sondern auch von der Art und Empfindlichkeit der Umgebung ab.¹⁵

c) Das Tiefbauamt der Stadt Thun holte für den geplanten Ersatz des Geländers einen technischen Bericht ein¹⁶ und liess von einem Architekten Variantenstudien für die Gestaltung des Geländers ausarbeiten.¹⁷ Gemäss dem Technischen Bericht umfasst der Projektperimeter die Strecke zwischen dem Mühleplatz und der Ländte Hofstetten,¹⁸ mithin eine rund 660 m lange Strecke. In der angefochtenen Verfügung ist jedoch nur der Ersatz des Geländers zwischen der Sinnebrücke und der Ländte Hofstetten genannt. Die Beschwerdegegnerin spricht ebenfalls vom Geländerersatz zwischen der Sinnebrücke und der Ländte Hofstetten auf einer rund 600 m langen Strecke. Wie es sich genau verhält, kann vorliegend offen bleiben; für die zu beantwortende Frage der Baubewilligungspflicht spielt diese Differenz keine Rolle.

d) Das bestehende Geländer soll vollständig entfernt und durch ein neues Geländer ersetzt werden, welches etwas weiter von der Uferkante zurückversetzt wird. Dem Technischen Bericht ist zu entnehmen, dass das neue Geländer von rund 0,96 m auf 1,11 m erhöht und verstärkt werden soll, um den Anforderungen als Absturzsicherung zu genügen. Zur Kante der Ufermauer soll es einen Abstand von mind. 26 cm einhalten, damit die neuen Beleuchtungskandelaber wasserseitig hinter dem Geländer erstellt werden können.¹⁹ Um den Gewässerunterhalt gewährleisten zu können, empfahl der Technische Bericht, ein demontierbares Befestigungssystem zu wählen.²⁰ Die Beschwerdegegnerin wählte ein Staketengeländer, das sich gestalterisch an das Bestehende anlehnt. Es ist aber rund 15 cm höher als das Bestehende, was sich optisch auswirkt. Als Zierelement wählte die Beschwerdegegnerin ein Motiv, das sich in Grösse und Form vom Bestehenden unterscheidet.²¹ Das Bauvorhaben ist somit nicht mit einer Reparatur, Renovation oder einer anderen Unterhaltsmassnahme vergleichbar. Ein Abbruch und Wiederaufbau mit neuem Material und in abgeänderter Form geht über einen reinen Unterhalt hinaus.²² Der vorgesehene Ersatz des Geländers ist mit einem Neubauvorhaben vergleichbar.

¹⁵ Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. N. 22 N. 12.

¹⁶ Technischer Bericht (siehe Fn 1), Vorakten des Regierungstatthalteramts pag. 48 ff.

¹⁷ Anhang zum Technischen Bericht, Vorakten pag. 81 ff.

¹⁸ Vgl. Technischer Bericht, Plan Übersicht 1:5000, Vorakten pag. 83

¹⁹ Technischer Bericht, Vorakten pag. 48 ff., S. 17, 22, 26.

²⁰ Technischer Bericht S. 4, Vorakten pag. 52.

²¹ Vgl. Foto mit beiden Geländern, Beschwerdebeilage Nr. 3.

²² Ruch in Praxiskommentar RPG, Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, 2020, Art. 22 N. 39 f.; BGer 1C_272/2019 vom 28. Januar 2020 E. 5.4.

e) Auch wenn sich das neue Gelände weitgehend am Bestehenden orientiert, verändern die neue Höhe, die geänderten Zierelemente und der etwas grössere Abstand zur Uferkante das Erscheinungsbild. Für die Frage der Baubewilligungspflicht ist unerheblich, ob das neue Gelände zu einer Aufwertung des Ortsbilds führt. Massgebend ist vielmehr, ob es sich auf das Ortsbild auswirkt, was vorliegend zu bejahen ist. Das Bauvorhaben befindet sich im Altstadt- bzw. Ortsbildgebiet, welche Schutzgebiete im Sinne von Art. 86 BauG darstellen. Es liegt innerhalb der Baugruppe A (Hauptgasse-Schlossberg) sowie der Baugruppe C (Hofstetten). Baudenkmäler geniessen Umgebungsschutz nach Art. 10b Abs. 1 BauG. Im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) ist die Stadt Thun überdies als Ortsbild von nationaler Bedeutung inventarisiert. Betroffen ist das Gebiet Nr. 2 (rechtsufrige Altstadt), die Baugruppe 0.2 (Hofstettenvorstadt), beide mit dem Erhaltungsziel A, und die Umgebungszone VI (Hotelpromenade) mit dem Erhaltungsziel a. Der Abbruch des bestehenden Geländers und die Erstellung des neuen Geländers haben ästhetische Auswirkungen auf die mehrfach geschützte, sensible Umgebung. Es besteht ein öffentliches Interesse an einer vorgängigen Kontrolle.

f) Das Gelände steht entlang der Aare nahe an der Uferkante. An Fliessgewässern sind Bauten und Anlagen grundsätzlich nicht zugelassen. Das Vorhaben betrifft daher auch die Nutzungsordnung sowie mehrere gewässerrechtliche Vorschriften. Im Nutzungsplan der Stadt Thun ist der Perimeter des Bauvorhabens grösstenteils der Uferschutzzone zugeordnet, welche der Freihaltung von Fluss- und Seeufern dient (vgl. Art. 27 GBR²³, Art. 4 und 5 SFG²⁴). Für ein Bauvorhaben in der Uferschutzzone ist die Zustimmung des Amts für Gemeinden und Raumordnung erforderlich (vgl. Art. 5 Abs. 3 SFG). Das Vorhaben befindet sich auch innerhalb des Gewässerraums (Art. 36 GSchG²⁵ i.V.m. Art. 41a GSchV²⁶, Art. 5b WBG²⁷), der in der Stadt Thun noch nicht rechtskräftig festgelegt wurde.²⁸ Der Abbruch des bestehenden Geländers und die Erstellung eines neuen Geländers können Auswirkungen auf den Zugang zum Gewässer für den Gewässerunterhalt und den Hochwasserschutz haben (vgl. Art. 1 WBG). Das Vorhaben bedarf somit einer Beurteilung durch mehrere Behörden und ist auf Ausnahmegewilligungen angewiesen (vgl. Art. 41c GSchV, Art. 48 WBG).

g) Die Vorinstanz stützte sich für ihren Entscheid über die Baubewilligungspflicht vor allem auf die Strassengesetzgebung. Dem Gemeingebrauch offenstehende Plätze und Wege gelten als öffentliche Strassen im Sinne von Art. 4 SG²⁹. Der Aarequai ist eine Gemeindestrasse. Auch bei Strassenbauvorhaben ergibt sich die Baubewilligungspflicht aus dem Bundesrecht (Art. 22 RPG). Das SG bestimmt demgegenüber, welche Art von Bewilligung für die Strassenbauvorhaben erforderlich ist. Das SG sieht bei Gemeindestrassen zwei Strassenplanverfahren vor, nämlich den Erlass einer Überbauungsordnung für den Neubau und die Änderung einer Strasse (Art. 43 Abs. 1 SG) und ein Baubewilligungsverfahren für kleine Strassenbauvorhaben (Art. 43 Abs. 2 SG), welche in Art. 23 SV³⁰ konkretisiert werden. Art. 43 Abs. 3 SG bestimmt weiter, dass das Instandhalten, das Instandstellen und die Erneuerung einer Strasse sowie bewegliche Elemente im Zusammenhang mit befristeten Verkehrsversuchen keiner Bewilligung bedürfen. Art. 43 Abs. 3 SG stimmt inhaltlich mit der Bestimmung für kantonale Strassen überein (Art. 28 Abs. 2 SG). Im Vortrag zum Strassengesetz hielt der Regierungsrat zu Art. 43 Abs. 3 SG fest, Erhaltungsmassnahmen an einer Strasse ohne Auswirkungen auf Raum und Umwelt seien

²³ Baureglement der Stadt Thun, vom Amt für Gemeinden und Raumordnung genehmigt am 24. Juli und 27. August 2003, Stand vom 12. Mai 2020.

²⁴ Gesetz vom 6. Juni 1982 über See- und Flusssufer (See- und Flusssufergesetz, SFG; BSG 704.1).

²⁵ Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20).

²⁶ Gewässerschutzverordnung des Bundesrats vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201).

²⁷ Gesetz vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11).

²⁸ Vgl. Geoportal des Kantons Bern, Karte «Genehmigte Gewässerräume im Kanton Bern».

²⁹ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11).

³⁰ Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1).

bewilligungsfrei.³¹ Was unter den Begriffen «Instandhalten», «Instandstellen» und «Erneuerung einer Strasse» zu verstehen ist, wird in den Materialien zum Strassengesetz bei Art. 28 wie folgt erläutert: «Unter Instandhalten fällt der betriebliche Unterhalt (Reinigung, Winterdienst, Grünpflege, kleine Reparaturen). Das Instandstellen umfasst Arbeiten wie das Flickern der Fahrbahnoberfläche. Ein neuer Fahrbahnbelag hingegen stellt eine Erneuerung dar. Ersatzbauten sind raumwirksam, bedingen eine Abstimmung mit anderen Interessen und stellen deshalb eine bewilligungspflichtige Neubaute dar.»³²

Vorliegend geht es nicht um das Reparieren des Geländers wie etwa die Erneuerung der Oberflächenbeschichtung oder um das Ersetzen einzelner schadhafter Elemente im bestehenden Gelände. Das Bauvorhaben umfasst vielmehr die Erstellung eines vollständig neuen, leicht umgestalteten, leicht versetzten und mehrere Hundert Meter langen Geländers. Mithin handelt es sich um eine «Ersatzbaute», die raumwirksam ist und die auf die Übereinstimmung mit mehreren gewässerrechtlichen Vorschriften beurteilt werden muss.

h) Zusammenfassend hat das Bauvorhaben räumliche Auswirkungen; es berührt die Nutzungsordnung und ästhetische Schutzinteressen, den Ufer- und Gewässerschutz sowie Vorschriften der Wasserbaupolizei. Es besteht daher ein öffentliches Interesse an einer vorgängigen Kontrolle. Das Bauvorhaben ist baubewilligungspflichtig. Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen. Im Übrigen war sich auch die Beschwerdegegnerin bewusst, dass gewichtige öffentliche Interessen betroffen sind. Sie liess für den Ersatz des Geländers den Technischen Bericht erstellen, der sich zu verschiedenen Themen (unter anderem den Hochwasserschutz) äusserte und Gestaltungsvarianten aufzeigte. Ausserdem konsultierte die Beschwerdegegnerin in der Planungsphase von 2017 und 2018 die kantonale Denkmalpflege, den kommunalen Fachausschuss Bau- und Aussenraumgestaltung (FBA) und offenbar auch den Vertreter des kantonalen Oberingenieurkreises OIK II (bezüglich Gewässerunterhalt).³³ Die Beurteilung eines baubewilligungspflichtigen Vorhabens muss jedoch in einem Baubewilligungsverfahren erfolgen.

i) Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet nur die Frage, ob der Ersatz des Geländers der Baubewilligungspflicht unterliegt. Mithin ist auch der vorliegende Beschwerdeentscheid nur ein Feststellungsentscheid. Soweit der Beschwerdeführer die Notwendigkeit des neuen Geländers in Zweifel zieht, geht dies über den Verfahrensgegenstand hinaus. Darauf kann nicht eingetreten werden.

Auch nicht einzutreten ist auf das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers, die Stadt Thun sei anzuweisen, für das geplante Bauvorhaben bei der zuständigen Behörde eine Baubewilligung einzuholen. Dies liegt ausserhalb des Streitgegenstandes. Zudem wäre die BVD ohnehin nicht befugt, eine Bauherrschaft zur Einreichung eines Baugesuchs zu verpflichten. Auch wenn feststeht, dass das Vorhaben baubewilligungspflichtig ist, steht es der Bauherrschaft frei, für das Bauvorhaben ein Baugesuch einzureichen oder darauf zu verzichten. Dies gilt selbst für den Fall, dass mit der Ausführung des Bauvorhabens bereits begonnen wurde. Die Bauherrschaft hat im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens zwar Gelegenheit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, ist aber nicht verpflichtet dazu (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG).

³¹ Vortrag des Regierungsrates vom 4. Juni 2008 zum Strassengesetz, zu Art. 43.

³² Vortrag des Regierungsrates vom 4. Juni 2008 zum Strassengesetz, zu Art. 28.

³³ Technischer Bericht S. 16, 25, 27, Vorakten pag.48 ff., Protokoll FBA-Delegation vom 5. Juni 2018, Vorakten pag. 42 ff.; A. _____ AG, Aktennotiz der Projektsitzung vom 26. Februar 2018 S. 4, Vorakten pag. 36 ff.

3. Weiteres

a) Der Beschwerdeführer beantragte, es sei im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen (vgl. Art. 27 VRPG) ein Baustopp zu verfügen. Das Bauinspektorat der Stadt Thun teilte in seiner Stellungnahme mit, dass die Arbeiten eingestellt worden seien. Die Beschwerdegegnerin bestätigte, dass sie bis zum Entscheid über die vorsorgliche Massnahme darauf verzichte, die Arbeiten zum Geländerersatz fortzusetzen.

b) Die Bauarbeiten waren während des Beschwerdeverfahrens unbestritten eingestellt. Mit diesem Entscheid über die Baubewilligungspflicht erübrigt es sich, das Gesuch um Erlass einer Baueinstellung zu beurteilen. Das Gesuch ist als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben. Die Feststellung der Baubewilligungspflicht hat zur Folge, dass eine rechtskräftige Baubewilligung Voraussetzung für die allfällige Wiederaufnahme der Bauarbeiten ist (vgl. Art. 1a Abs. 3 BauG).

c) Der entscheidrelevante Sachverhalt ergab sich mit hinreichender Klarheit aus den Akten. Ein Augenschein war deshalb nicht erforderlich. Der entsprechende Beweisantrag der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz wird abgewiesen.

4. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 900.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁴). 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).

Der Beschwerdeführer obsiegt mit seinem Antrag auf Feststellung der Baubewilligungspflicht des Vorhabens. Hingegen kann auf das Rechtsbegehren, dass die Stadt Thun anzuweisen sei, eine Baubewilligung einzuholen, nicht eingetreten werden. Insofern unterliegt der Beschwerdeführer. Das Nichteintreten ist vorliegend von untergeordneter Bedeutung und wird mit 1/6 der Kosten berücksichtigt. Der Beschwerdeführer hat demnach 1/6 der Verfahrenskosten zu tragen, ausmachend CHF 150.–. Die Beschwerdegegnerin ist eine Behörde im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG. Da sie nicht in Vermögensinteressen betroffen ist, können ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Diesen Anteil der Verfahrenskosten trägt demnach der Kanton.

b) Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer 5/6 der Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers beläuft sich auf CHF 3290.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegnerin hat somit dem Beschwerdeführer Parteikosten im Betrag von CHF 2741.65 zu ersetzen.

c) Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 100.– bleiben der Beschwerdegegnerin auferlegt.

³⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung des Regierungsstatthalters von Thun vom 9. August 2021 wird aufgehoben. Es wird festgestellt, dass der Ersatz des Geländers am Aarequai zwischen dem Mühleplatz und der Ländte Hofstetten baubewilligungspflichtig ist.
2. Im Übrigen wird nicht auf die Beschwerde eingetreten.
3. Das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen (Baueinstellung) wird als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
4. Dem Beschwerdeführer werden Verfahrenskosten im Betrag von CHF 150.– auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.
5. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer Parteikostenersatz im Betrag von CHF 2741.65 (inkl. Mehrwertsteuer) zu leisten.
6. Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 100.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso ist das Regierungsstatthalteramt Thun zuständig.

IV. Eröffnung

- Frau Rechtsanwältin D._____, eingeschrieben
- Einwohnergemeinde Thun, Tiefbauamt, eingeschrieben
- Regierungsstatthalter von Thun, A-Post
- Bauinspektorat der Stadt Thun, Industriestrasse 2, Postfach 145, 3602 Thun, zur Kenntnis, A-Post

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei 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.