



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2022/63

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 27. Februar 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Stockwerkeigentümergeinschaft C._____weg 8, 3600 Thun, bestehend aus:

- Herrn **A._____** und **5 weitere Beschwerdeführende**

alle per Adresse Frau B._____

und

Frau **D._____**
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

sowie

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Thun vom 7. Oktober 2022
(Fall-Nr. 942/2022-0530; Nutzungsänderung Gemeinschaftsraum/Disponibel zu Wohnraum)

I. Sachverhalt

1. Mit baupolizeilicher Anzeige vom 7. Juli 2022 machten die Beschwerdeführenden als Stockwerkeigentümerinnen und Stockwerkeigentümer der Liegenschaft C._____weg 8 in Thun geltend, ein im Untergeschoss des Mehrfamilienhauses vorhandener Disponibelraum mit der Parzellennummer Thun 1 Grundbuchblatt Nr. M._____ werde entgegen der Baubewilligung nicht als Gemeinschaftsraum, sondern als Wohnraum genutzt.

2. Nach Eingang der baupolizeilichen Anzeige der Beschwerdeführenden vom 7. Juli 2022 gewährte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 27. Juli 2022 die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorwurf der Nutzungsänderung ohne resp. in Überschreitung einer Baubewilligung bezüglich des Disponibelraums im Keller des Mehrfamilienhauses am C._____weg 8. Mit Schreiben vom 26. August 2022 teilte die Tochter der Beschwerdegegnerin, welche im 2. OG am C._____weg 8 wohnt, der Vorinstanz Folgendes mit:

«Hiermit teilen wir Ihnen (recte: mit), dass der besagte Disponibelraum nicht als Wohnraum benutzt wird, denn Mama wohnt jetzt auch bei uns!»

Das Schreiben wurde von der Beschwerdegegnerin und deren Tochter unterzeichnet.

Mit E-Mail vom 5. September 2022 teilte die Einwohnerkontrolle der Stadt Thun der Vorinstanz mit, dass die Beschwerdegegnerin wie auch ihre Tochter in der gleichen Wohnung im 2. OG rechts am C. _____weg 8 gemeldet seien. Aufgrund der Angaben der Tochter der Beschwerdegegnerin sowie der Einwohnerkontrolle der Stadt Thun erliess die Vorinstanz die verfahrensabschliessende Verfügung vom 7. Oktober 2022, in welcher sie die widerrechtliche Wohnnutzung des fraglichen Raums im Untergeschoss als aufgehoben und somit den rechtmässigen Zustand als wiederhergestellt erachtete. Die Vorinstanz hielt weiter fest, mit der Baubewilligung für den Neubau des Mehrfamilienhauses am C. _____weg 8 sei der hier betroffene Raum als «Gemeinschaftsraum» baubewilligt und auf dem abgestempelten «Ausführungsplan für Baustelle» als «Disponibelraum» betitelt worden. Bei der Bauabnahme am 13. Oktober 2004 sei im betroffenen Raum keine Wohnnutzung erkennbar gewesen. Bis zum Zeitpunkt der baupolizeilichen Anzeige durch die Beschwerdeführenden hätte das Bauinspektorat Thun keine Kenntnis über eine Büronutzung gehabt und daher auch nichts unternommen. Eine allfällige Wohnnutzung oder gewerbliche Nutzung des Raumes würde der Baubewilligungspflicht unterliegen. Die Vorinstanz führte weiter aus, eine Wohnnutzung im UG der Liegenschaft C. _____weg 8 sei aufgrund der Lage im ebenen Gelände nicht baubewilligungsfähig. Zudem hielt die Vorinstanz in der Verfügung vom 7. Oktober 2022 fest, der Disponibelraum dürfe nicht zu Wohnzwecken zweckentfremdet werden. Auch seien andere Nutzungen wie beispielsweise als Büro oder für Dienstleistungen ohne rechtsgültige Baubewilligung nicht möglich. Sie verfügte Folgendes:

- «1. Die widerrechtliche Wohnnutzung des Raumes Gbbl. M. _____ wurde mit dem «Umzug» der Eigentümerin D. _____ zur Tochter im 2. OG aufgehoben. Der rechtmässige Zustand gilt als wiederhergestellt.
2. Der Raum Gbbl. M. _____ darf nicht zum Wohnen genutzt werden (Art. 63 Abs. 1 BauV und Art. 66 Abs. 2 BauV).
3. Anderweitige Nutzungen sind frühzeitig auf ihre Baubewilligungspflicht und Baubewilligungsfähigkeit beim Bauinspektorat Thun prüfen zu lassen.
4. Der Baupolizeifall Nr. 942/2022-0530 wird mit dieser Verfügung abgeschlossen.
5. Die Kosten für diese Verfügung betragen Fr. 640.00 und werden D. _____, C. _____weg 8, 3600 Thun, auferlegt. Die Rechnungsstellung erfolgt mit separater Post.»

3. Mit E-Mail vom 23. Oktober 2022 teilte die Beschwerdeführerin 6 der Vorinstanz mit, der Disponibelraum werde nach wie vor als Wohnraum benutzt. Sie berichtete von Beobachtungen, wonach abends der Lift vom 2. OG in den Keller gefahren und zuerst auf Seite der Nasszone Licht zu sehen gewesen sei, danach seien die drei Lamellenstoren heruntergekurbelt worden. Der Lift sei danach nicht wieder nach oben gefahren. Sie fügte der E-Mail Fotos der entsprechenden Fenster ohne und mit Licht bei.

4. Die Vorinstanz informierte die Beschwerdegegnerin 6 per E-Mail darüber, dass intern das weitere Vorgehen geprüft werde¹ und beantragte mit Schreiben vom 3. November 2022² beim Regierungsstatthalteramt Thun die Betretungsermächtigung gemäss Art. 45 Abs. 3 BauG³ für den Disponibelraum im Untergeschoss am C. _____weg 8. Nach Erteilung der beantragten

¹ vgl. Vorakten, pag. 000039

² vgl. Vorakten, pag. 000031

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

Ermächtigung⁴ nahm die Vorinstanz am frühen Morgen des 8. November 2022 einen Augenschein vor Ort vor, bei dem sie feststellte, dass der Raum im Untergeschoss tatsächlich zu Wohnzwecken benutzt wurde. Anlässlich des Augenscheins wurde festgestellt, dass der Raum mit einem Bett, Schränken, Regalen, einem Tisch mit Stühlen, einem Sessel und einem Fernseher eingerichtet und an der nordöstlichen Wand des Raumes ein Küchenbereich mit einer Spüle eingebaut worden war. Auf den Fotos sind beim Küchenbereich auch eine Mikrowelle sowie ein Wasserkocher ersichtlich.

Gleichentags teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 6 per E-Mail⁵ mit, dass die Beschwerdeführenden am nächsten Tag eine Verfügung bezüglich des weiteren Vorgehens erhalten würden. Mit E-Mail vom 9. November 2022⁶ teilte die Beschwerdeführerin 6 der Vorinstanz mit, sie habe gegen die Verfügung vom 7. Oktober 2022 bereits am 8. November 2022 und somit vor Kenntnis der weiteren Sachverhaltsabklärung eine Beschwerde versandt.

5. Die Beschwerde der Beschwerdeführenden gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2022 ging am 11. November 2022 bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Die Beschwerdeführenden rügen die unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Mit Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung, welche feststellt, dass der Raum Thun Grundbuchblatt Nr. M._____ nicht zum Wohnen genutzt werden dürfe, seien sie absolut einverstanden. Es sei aber nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz vom Bürotisch aus und ohne Abklärung vor Ort zum Schluss gelangt sei, dass die widerrechtlich Wohnnutzung beendet sei. Die Abklärungen seien völlig ungenügend. Zwar habe die Vorinstanz die Wohnverhältnisse bei der Einwohnerkontrolle der Stadt Thun abgeklärt, wobei herausgekommen sei, dass F._____ (Tochter der Beschwerdegegnerin) und die Beschwerdegegnerin in einem Haushalt im 2. OG am C._____weg 8 angemeldet seien. Daraus könnten aber keine Rückschlüsse gezogen werden, ob der fragliche Disponibelraum illegal zum Wohnen genutzt werde.

Die Beschwerdeführenden beantragen, die bisher unvollständige Sachverhaltsabklärung durch einen Augenschein vor Ort und durch Befragung der meldenden Stockwerkeigentümer nachzuholen. Ansonsten sei die Überprüfung der angezeigten illegalen Wohnnutzung unmöglich.

Weiter bringen die Beschwerdeführenden vor, die baubewilligten Pläne, welche der Verfügung beigelegt seien, würden nicht der effektiven heutigen Situation entsprechen. Es habe eine nicht bewilligte Nachrüstung des Disponibelraums mit Bodenheizung, Dusche und WC stattgefunden. Die Nutzung dieses Raums als Büro sei von den Beschwerdeführenden in Unkenntnis dieser Nachrüstungen über Jahre geduldet worden.

Zudem geben die Beschwerdeführenden an, die Wohnnutzung im Disponibelraum würde nach wie vor stattfinden. Sie würden verlangen, dass die baubewilligte Nutzung des Disponibelraums sichergestellt und die im Disponibelraum installierte Bodenheizung fachmännisch durch eine geeignete Massnahme ausser Kraft gesetzt werde. Weiter seien die installierten Einrichtungen wie Küche, Wandfernseher etc. zu demontieren und zu entfernen.

Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

- «1. Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2022 sei aufzuheben.
2. Die baubewilligte Nutzung des Grundstücks Thun 1 (Thun) / M._____ (Disponibelraum) sei sicher zu stellen und die Beschwerdegegnerin sei namentlich zu verpflichten, die nicht baubewilligte

⁴ vgl. Vorakten, pag. 000028

⁵ vgl. Vorakten, pag. 000016

⁶ vgl. Vorakten, pag. 000006

Bodenheizung umgehend ausser Betrieb zu setzen und die seit dem 1.1.2022 für die Wohnnutzung installierten Geräte und Einrichtungen innert kurzer, behördlich festzusetzender Frist zurückzubauen.

3. Eventualiter: Das hiermit eingeleitete Beschwerdeverfahren sei zu sistieren, bis die Vorinstanz bzw. das Bauinspektorat der Stadt Thun über die neue baupolizeiliche Anzeige der Beschwerdeführenden vom 23. Oktober 2022 entschieden hat.»

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁷, gab den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Frage der Sistierung zu äussern und verzichtete vorerst auf die Durchführung des Schriftenwechsels. Die Vorinstanz führte in ihrer Stellungnahme vom 6. Dezember 2022 aus, dass nach Erlass der verfahrensabschliessenden Verfügung vom 7. Oktober 2022 auf Hinweis der Beschwerdeführerin 6 ein Augenschein vor Ort stattgefunden habe. Aufgrund der dort erlangten Erkenntnisse sei entschieden worden, auf die Verfügung vom 7. Oktober 2022 zurückzukommen. Da die Beschwerdeführerin 6 jedoch mit E-Mail vom 9. November 2022 mitgeteilt habe, dass die Beschwerdeführenden eine Beschwerde eingereicht hätten, sei darauf verzichtet worden, weitere Anordnungen zu treffen. Die Vorinstanz unterbreitet, dass sie auf die Verfügung vom 7. Oktober 2022 zurückkommen und das baupolizeiliche Verfahren wiederaufnehmen resp. fortsetzen wolle. Die Beschwerdegegnerin liess sich innert der gesetzten Frist nicht vernehmen, was als Zustimmung zur Sistierung gilt.

Mit Verfügung vom 12. Dezember 2022 sistierte das Rechtsamt das Verfahren vorläufig bis zum 28. Februar 2022 und bat die Vorinstanz, das Rechtsamt vor Ablauf der Sistierung über den Verfahrensstand zu informieren resp. dem Rechtsamt eine Kopie einer allfälligen neuen Verfügung zuzustellen.

7. In ihrer Stellungnahme vom 20. Dezember 2022 bringt die Vorinstanz vor, nach Durchführung des Augenscheins am 8. November 2022 hätte sie geplant, auf die Verfügung vom 7. Oktober 2022 zurückzukommen, den Parteien das rechtliche Gehör zum Ergebnis des Augenscheins zu gewähren und anschliessend über das weitere Vorgehen zu entscheiden. Aufgrund der Beschwerde gegen die Verfügung vom 7. Oktober 2022 sei ein Zurückkommen darauf nicht mehr ohne weiteres möglich gewesen. Aufgrund des Devolutiveffekts erscheine der Vorinstanz eine Fortsetzung des baupolizeilichen Verfahrens Nr. 942/2022-0813 im Rahmen des Beschwerdeverfahrens problematisch.

Weiter hielt die Vorinstanz in der Stellungnahme fest, aufgrund der Angaben der Beschwerdegegnerin und aufgrund der Informationen der Einwohnerkontrolle habe bei Erlass der angefochtenen Verfügung keine Veranlassung bestanden, daran zu zweifeln, dass der baurechtswidrige Zustand im Untergeschoss des Gebäudes am C._____weg 8 beseitigt war.

8. Mit Verfügung vom 21. Dezember 2022 teilte das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten mit, aufgrund einer ersten summarischen Einschätzung beabsichtige es, die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Oktober 2022 aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Parteien erhielten Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Weiter holte das Rechtsamt bei der Vorinstanz die Vorakten ein.

9. Die Vorinstanz stellte mit Schreiben vom 10. Januar 2023 die Vorakten zu und verzichtete auf eine weitere Stellungnahme zum weiteren Vorgehen.

Die Beschwerdeführenden äussern sich in ihrer Stellungnahme vom 16. Januar 2023 dahingehend, dass sie grundsätzlich keine Einwände gegen das beabsichtigte weitere Vorgehen

⁷ 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)

hätten, jedoch auf die weiteren Ausführungen verweisen würden, in welchen sie auf einige Punkte näher eingehen würden. Die Beschwerdeführenden bringen vor, sie hätten nur die Aufhebung von Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung beantragt. Weiter sei nicht zutreffend, dass die Vorinstanz aufgrund der Beschwerde nicht mehr auf die Verfügung hätte zurückkommen können. Die Beschwerdeführenden hätten auch die Sistierung des Beschwerdeverfahrens beantragt, damit die Vorinstanz in einem neuen und separaten Verfahren die neue baupolizeiliche Anzeige vom 23. Oktober 2022 hätte behandeln können. Nach Abschluss dieses neuen baupolizeilichen Verfahrens könne dann über den Ausgang des Beschwerdeverfahrens entschieden werden. Die Beschwerdeführenden bringen weiter vor, unterirdische Räume dürften nicht zu Wohnzwecken genutzt werden, was vorliegend aktuell weiterhin der Fall sei. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich und ohne Not nicht richtig abgeklärt und als Folge davon falsch verfügt. Dies und die zögerliche Behandlung der zweiten baupolizeilichen Anzeige vom 23. Oktober 2022 hätten die Beschwerdeführenden dazu gezwungen, die vorliegend zu behandelnde Beschwerde zu erheben, was ihnen nun quasi zum Vorwurf gemacht würde. Zudem hätte die Vorinstanz ihre Verfügung jederzeit bis zur Erhebung der Beschwerde noch zurücknehmen, aufheben und korrigieren können, was die Beschwerdeführenden vom Zwang zur Beschwerdeerhebung befreit hätte. Die Beschwerdeführenden würden die rasche Durchsetzung des rechtmässigen Zustands bzw. des Wohnverbots für den Disponibelraum durch die Vorinstanz verlangen.

Mit Stellungnahme vom 16. Januar 2023 gab die Beschwerdegegnerin an, keine Einwände zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens zu haben. Sie wies weiter darauf hin, dass ihr bei diesem Ausgang des Verfahrens keine Verfahrenskosten aufzuerlegen seien und ihr eine angemessene Parteientschädigung gemäss Kostennote zuzusprechen sei.

Mit Schreiben vom 24. Januar 2023 reichten die Beschwerdeführenden die Kostennote eines Anwalts ein und baten um Entschädigung der entsprechenden Kosten.

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

II. Erwägungen

1. Eintreten

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Anzeigende durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Sistierung

a) Nach Art. 38 Abs. 1 VRPG⁸ kann die instruierende Behörde von Amtes wegen oder auf Antrag das Verfahren einstellen, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn im anderen Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist. Die Praxis lässt aus Gründen der Prozessökonomie auch in weiteren Fällen, die das Gesetz nicht erwähnt, die Einstellung des Verfahrens zu. Zu solchem Vorgehen

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

bedarf es jedoch eines entsprechenden Antrags der betroffenen Person oder ihrer Zustimmung und der Zustimmung der weiteren Beteiligten.⁹

b) Die Beschwerdeführenden beantragten in ihrer Beschwerde in einem Eventualantrag die Sistierung des Beschwerdeverfahrens, bis die Vorinstanz über die neue baupolizeiliche Anzeige der Beschwerdeführenden vom 23. Oktober 2022 entschieden habe. Auch in ihrer Stellungnahme vom 16. Januar 2023 verweisen sie nochmals auf diesen Sistierungsantrag.

c) Das Beschwerdeverfahren wurde mit Verfügung vom 12. Dezember 2022 bis zum 28. Februar 2023 vorläufig sistiert. Die Sistierung wurde wieder aufgehoben, als die Vorinstanz mit Stellungnahme vom 20. Dezember 2022 mitteilte, dass die geplanten Verfahrensschritte aufgrund des Devolutiveffekts nicht durchgeführt werden konnten und nicht ohne weiteres auf die angefochtene Verfügung zurückgekommen werden könne.

Aus den Vorakten der Vorinstanz ergibt sich, dass kein neues baupolizeiliches Verfahren eröffnet wurde. Die Vorinstanz hat die E-Mail vom 23. Oktober 2022 und die weiteren Schritte während der Beschwerdefrist unter derselben Verfahrensnummer 942/2022-0813 getätigt. Das Verfahren wurde anschliessend nicht mehr weitergeführt und die Vorinstanz beabsichtigt auch nicht, neu zu verfügen. Es besteht daher kein Anlass für eine Sistierung.

3. Baurechtswidriger Tatbestand / Sachverhaltsermittlung der Gemeinde

a) Die Beschwerdeführenden rügen, die Gemeinde habe den Sachverhalt unrichtig ermittelt.

b) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Bei einem Baupolizeiverfahren handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VRPG. Gemäss Art. 18 Abs. 1 VRPG stellen die Behörden den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Sie bestimmen Art und Umfang der Ermittlung (Art. 18 Abs. 2 VRPG). Für die Sachverhaltsermittlung gilt somit der Untersuchungsgrundsatz. Er bedeutet, dass der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären ist.¹⁰ Die Sachverhaltsfeststellung umfasst das Zusammentragen, Nachprüfen und Bewerten der Sachumstände (Tatsachen), die für die Rechtsanwendung entscheidungswesentlich sind. 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 zufriedengeben. Um dieses Ziel zu erreichen, hat die instruierende Behörde von sich aus alles Erforderliche vorzukehren.¹¹ Es ist ihre Aufgabe, die rechtserheblichen Tatsachen zu erheben.¹² Allerdings lastet nicht die gesamte Verantwortung für das Sammeln der Entscheidungsgrundlagen und für die Beweisführung auf den Behörden. Die Parteien sind vielmehr zur Mitwirkung bei den Abklärungen verpflichtet.¹³ Diese Mitwirkungspflicht wird in Art. 20 VRPG ausdrücklich statuiert. Der Amtsbetrieb, der mit dem Untersuchungsgrundsatz verbunden ist, wird insoweit eingeschränkt.

Mit Beschwerde kann unter anderem die unrichtige und unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 66 Abs. 1 Bst. a VRPG). Fehler in der Sachverhaltsermittlung

⁹ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 38 N. 17

¹⁰ BVR 2016 S. 65 E. 2.3 mit Hinweisen

¹¹ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 1

¹² Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 4

¹³ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 5

können die beschwerdebefugten Personen mit der Rüge der unrichtigen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellung zum Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens machen. Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände oder Beweismittel erhoben hat. Unrichtig ist sie, wenn die Behörde auf einen aktenwidrigen oder nach den Beweisregeln nicht erhärteten Sachumstand abgestellt, die Beweismittel falsch gewürdigt oder einen rechtserheblichen Sachumstand nicht in das Beweisverfahren einbezogen hat.¹⁴

c) In ihrer baupolizeilichen Anzeige vom 7. Juli 2022 haben die Beschwerdeführenden detailliert und unter Beilage diverser Dokumente und Fotos glaubhaft gemacht, dass die Beschwerdegegnerin den Disponibelraum im UG des C. _____ wegs 8 zum Wohnen umnutzen wollte. Der Raum ist nicht lediglich zur Nutzung als Lagerraum oder Kellerraum ausgestattet: Er ist mit einem Plattenboden wie in einem Wohnraum sowie mit elektrischen Installationen ausgestattet, welche in der Vergangenheit die Nutzung als Büro erlaubten und verfügt mit der Fensterzeile über Tageslicht. Aus den eingereichten Fotos sind im Disponibelraum zudem bauliche Massnahmen wie Dusche, WC und Anschlüsse für eine Kücheninstallation ersichtlich.¹⁵ Mit diesen Massnahmen ist die Wohnnutzung des Raumes ohne weiteres möglich. Weiter haben die Beschwerdeführenden Fotos eingereicht, welche diverse Möbel und Gegenstände zeigen, welche mit einer Notiz versehen waren: «Bleibt bis Einzug Dispo ab 01.04.22 hier.». Auch geht aus dem der Anzeige beigelegten Protokoll der Stockwerkeigentümersversammlung vom 4. April 2022 hervor, dass die Beschwerdegegnerin die Umnutzung des Disponibelraums im Untergeschoss zu Wohnzwecken beabsichtigte.¹⁶

Zwar teilte die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz mit Schreiben vom 28. August 2022 mit, der Disponibelraum werde nicht als Wohnraum benutzt. Weiter schrieb ihre Tochter «Mama wohnt jetzt auch bei uns». Trotz dieser Stellungnahme der Beschwerdegegnerin gab es viele Hinweise darauf, dass der Raum tatsächlich bewohnt wird bzw. zum Wohnen geeignet war. Die Vorinstanz hätte daher nicht ohne weiteres auf die Vorbringen der Beschwerdegegnerin und den Eintrag bei der Einwohnerkontrolle abstellen dürfen. Sie hätte von Amtes wegen weitere Abklärungen vornehmen und beispielsweise bereits zu diesem Zeitpunkt, also vor Erlass einer Verfügung, einen Augenschein durchführen müssen. Wie sich anlässlich des unangekündigten Augenscheins vom 8. November 2022 herausstellte, wurde der Disponibelraum durch die Beschwerdegegnerin effektiv als Wohnraum genutzt. Die Vorinstanz hat folglich den rechtserheblichen Sachverhalt im baupolizeilichen Verfahren nicht genügend abgeklärt und damit die Vorgaben von Art. 18 VRPG verletzt.

¹⁴ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 66 N. 32

¹⁵ vgl. Vorakten, pag. 000145 ff.

¹⁶ vgl. Vorakten, pag. 000162

4. 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. Erweist sich die Beschwerde als begründet, soll die Beschwerdeinstanz das streitige Rechtsverhältnis wenn möglich nach ihrer eigenen Erkenntnis abweichend von der angefochtenen Verfügung neu regeln. Das Gesetz verbietet ihr jedoch nicht, kassatorisch zu entscheiden. Die Beschwerdeinstanz soll von der Möglichkeit der Rückweisung nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, die die prozessökonomischen Gesichtspunkte in den Hintergrund treten lassen. Mangelnde Entscheiderreife der Angelegenheit kann einen solchen Grund darstellen, sofern die Beschwerdebehörde selber umfassende Beweismassnahmen durchführen müsste.

b) Aus den vorstehenden Erwägungen und dem Augenschein vom 8. November 2022 ergeben sich starke Anhaltspunkte, dass eine Wohnnutzung des Disponibelraums stattgefunden hat. Die Feststellungen in der angefochtenen Verfügung scheinen nicht korrekt. Ziffer 1 der Verfügung vom 7. Oktober 2022 wird daher in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben. Das baupolizeiliche Verfahren ist weiterzuführen. Zwar hat die Vorinstanz bereits ein Augenschein durchgeführt, doch muss der Beschwerdegegnerin dazu das rechtliche Gehör gewährt werden, bevor weitere Schritte unternommen werden können. Dann ist zu prüfen, welche Massnahmen anzuordnen sind, beispielsweise, ob eine künftige Wohnnutzung des Disponibelraums durch bauliche Massnahmen verhindert werden muss. Es ist nicht Aufgabe der BVD, das baupolizeiliche Verfahren weiterzuführen. Daher wird die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

c) In Ziffer 4 der Verfügung vom 7. Oktober 2022 schloss die Vorinstanz den Baupolizeifall Nr. 942/2022-0530 ab, in Ziffer 5 wurden die Verfahrenskosten verlegt. Aufgrund der Rückweisung an die Vorinstanz sind die Ziffern 4 und 5 der Verfügung vom 7. Oktober 2022 aus formellen Gründen ebenfalls aufzuheben.

5. Zusammenfassung, Kosten

a) Die Ziffern 1, 4 und 5 der Verfügung vom 7. Oktober 2022 werden aufgehoben. Soweit weitergehend wird die Beschwerde vom 8. November 2022 abgewiesen.

b) Die Kostenverfügung der Vorinstanz wird aufgehoben. Aufgrund der Rückweisung an die Vorinstanz wird diese ihre Kosten in ihrer neuen verfahrensabschliessenden Verfügung neu verfügen können. Daher müssen die vorinstanzlichen Kosten in diesem Beschwerdeverfahren nicht verlegt werden.

c) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 1000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁷).

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten 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. Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringen die Beschwerdeführenden mit ihrem Rechtsmittel nur teilweise durch, da

¹⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

das Verfahren mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids nicht abgeschlossen wird. Nach Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt aber von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen Hauptantrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neuurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.¹⁸ Dementsprechend sind die Beschwerdeführenden als vollständig obsiegend und die Beschwerdegegnerin als vollständig unterliegend zu betrachten. Die Verfahrenskosten trägt daher die Beschwerdegegnerin. Das Beschwerdeverfahren wurde zwar gestützt auf den Antrag der Beschwerdeführenden sistiert, kurz darauf aber aus den in Erwägung 2 ausgeführten Gründen wieder aufgenommen. Die Beschwerdeführenden beantragten in ihren Schlussbemerkungen abermals die Sistierung des Verfahrens, was abgelehnt wurde. Es handelt sich dabei aber um einen untergeordneten Verfahrensantrag. Es rechtfertigt sich daher nicht, dafür Kosten auszuscheiden.

d) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei 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 gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassend den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

Die Beschwerdeführenden waren im Verfahren vor der BVD nicht anwaltlich vertreten. Erst als die BVD dem Anwalt der Beschwerdegegnerin Gelegenheit gab, seine Kostennote einzureichen, reichten die Beschwerdeführenden eine Kostennote eines Anwalts ein, ohne dass dieser jedoch förmlich als deren Parteivertreter in Erscheinung trat. Die Beschwerdeführenden führten ihren Prozess selber. Daran ändert die Tatsache nichts, dass sie sich offenbar von einem Anwalt beraten liessen. Die Beschwerdeführenden haben daher keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Die Beschwerdegegnerin unterliegt. Daher hat sie ebenfalls keinen Anspruch auf Ersatz der Parteikosten.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziffern 1, 4 und 5 der Verfügung der Stadt Thun vom 7. Oktober 2022 werden aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Soweit weitergehend, wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁸ BVR 2016 S. 222 E. 4.1

IV. Eröffnung

- Stockwerkeigentümergeinschaft C. _____weg 8, per Adresse Frau B. _____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt E. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben

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.