

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/74

Bern, 1. September 2016

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin 1

B. _____
Beschwerdeführer 2

C. _____
Beschwerdeführerin 3

D. _____
Beschwerdeführerin 4



_____ alle vertreten durch Herrn Fürsprecher E. _____

und

F. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt G. _____

sowie

Regierungsstatthalteramt Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 4. Mai 2016 (bbew 130/2015; Änderung Parkplatzregime; Testphase)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtentscheid vom 16. Oktober 2002 erteilte der Regierungsstatthalter von Thun der Beschwerdegegnerin die Bewilligung für den etappierten Neubau einer Coop-Verkaufsstelle mit Coop-Restaurant und einem Coop Bau und Hobby an der Schulstrasse in Thun. Da sich die Bauparzellen im Perimeter der Zone mit Planungspflicht (ZPP) E Quartierzentrum Schulstrasse befinden, umfasste der Gesamtentscheid auch den Verzicht auf den Erlass einer Überbauungsordnung. Die Nebenbestimmungen enthielten unter anderem Auflagen betreffend Fahrtenkontingent, Fahrtencontrolling und Nutzung der Parkplätze ausserhalb der Ladenöffnungszeiten (Ziff. 2 Bst. b bis d). Zudem wurde festgelegt, dass maximal 250 Parkplätze errichtet werden dürfen (Ziff. 2 Bst. l) und dass die Kundenparkplätze von der ersten Minute an mit einem Benützungsbeitrag von mindestens einem Franken pro Stunde bewirtschaftet werden (Ziff. 2 Bst. m). Die letzten beiden Auflagen wurden gestützt auf die anlässlich der Einigungsverhandlung vom 5. September 2002 erzielte Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer 2 und der Beschwerdegegnerin in den Gesamtentscheid aufgenommen.

Die Coop Food-Verkaufsstelle wurde am 1. Dezember 2004 eröffnet. Gestützt auf ein Gesuch der Beschwerdegegnerin und der Zustimmung der Stadt Thun, des Beschwerdeführers 2 sowie des Amts für Berner Wirtschaft (beco), erlaubte der Regierungsstatthalter von Thun der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 1. Dezember 2004, dass sie bis zur Eröffnung des Coop Bau und Hobby im Frühling 2006 die Einstellhalle als Übergangslösung zwar ab der ersten Minute bewirtschaftete, die erste Stunde jedoch nicht gebührenpflichtig sei. Parkgebühren wurden erst ab der zweiten Stunde erhoben. Einem weiteren ehemaligen Einsprecher wurde diese Übergangslösung mit Verfügung vom 5. Januar 2005 eröffnet. Dieser erhob mit Eingabe vom 12. Januar 2005 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE). Mit Schreiben vom 18. Januar 2005 zog er sie wieder zurück. Im März 2006 wurde das Coop Bau und Hobby eröffnet. Nachdem die Gemeinde darauf aufmerksam gemacht worden war, dass die Beschwerdegegnerin trotz Ablauf der befristeten Übergangslösung den Kundinnen und Kunden den Parkplatzbenützungsbeitrag für die erste Stunde weiterhin zurückerstattete, forderte sie die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 6. November 2007 auf, die Geräte für die Rückerstattung der Parkplatzgebühren zu entfernen und die Kundenparkplätze ab 1. Januar 2008 ohne Rückerstattung zu bewirtschaften. Die dagegen erhobene Beschwerde wies die BVE mit Entscheid vom 17. April 2008 ab.¹ Sie setzte die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf den 31. Mai 2008 fest. Die dagegen

¹ BDE 120/2007/40

erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 3. Dezember 2008 ab.² Es setzte die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf vier Wochen ab Rechtskraft dieses Urteils fest.

2. Mit Baugesuch datierend vom 12. August 2015 beantragte die Beschwerdegegnerin folgende neue Formulierung der Nebenbestimmung Ziff. 2 Bst. m zur Gesamtbewilligung vom 16. Oktober 2002: "Die Kundenparkplätze werden nach der ersten Stunde mit einem Benützungsbeitrag von mindestens CHF 1.00/Stunde bewirtschaftet". Zur Begründung führte sie aus, mit dem neuen Massnahmenplan zur Luftreinhaltung werde das Fahrleistungsmodell grundsätzlich aufgehoben. Der bisherige Betrieb rund um den Coop Thun Strättligenmarkt habe erkennen lassen, dass die Bewirtschaftung ab der ersten Minute nicht (mehr) gerechtfertigt sei. Die Beschwerdegegnerin sei vorerst mit einem Versuchsbetrieb einverstanden. Gegen das Vorhaben erhoben die Beschwerdeführenden 2 bis 4 Einsprache. In seinem Amtsbericht vom 23. November 2015 vertrat das Bauinspektorat der Stadt Thun die Auffassung, auf das Baugesuch könne nicht eingetreten werden, da bereits rechtskräftig über die massgebliche Frage entschieden worden sei und weder veränderte Verhältnisse noch Wiederaufnahmegründe vorliegen würden. Der Regierungsstatthalter von Thun führte am 1. Dezember 2015 eine Einspracheverhandlung durch. Anschliessend holte er beim beco einen Bericht ein. Dieses wies in seinem Schreiben vom 18. Dezember 2015 unter anderem darauf hin, dass die fragliche Parkplatzbewirtschaftung nicht im Zusammenhang mit dem Massnahmenplan zur Luftreinhaltung stehe. Die Beschwerdeführenden 2 bis 4 schlossen sich dem Antrag der Stadt Thun an, auf das Baugesuch sei nicht einzutreten. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Bewilligung ihres Gesuchs und die Durchführung eines vorgängigen Versuchsbetriebs.

Am 4. Mai 2016 erteilte der Regierungsstatthalter von Thun der Beschwerdegegnerin eine befristete Baubewilligung für die Änderung des Parkplatzregimes. Er führte unter anderem aus, die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse hätten sich dermassen geändert, dass es der Bauherrschaft erlaubt sein müsse, hinsichtlich der Auflage betreffend der Erhebung einer Benützungsgebühr ein neues Baugesuch zu stellen. Aufgrund der bestehenden Aktenlage lasse sich derzeit nicht beurteilen, wie sich die Auflage einer Benützungsgebühr für Kundenparkplätze ab der ersten Minute auf die Fahrtenzahl auswirke. Es sei daher

² VGE 2008/23312

vorerst in einem Versuchsbetrieb zu erheben, welchen Einfluss das gebührenfreie Parkieren während der ersten Stunde auf die Anzahl Fahrten pro Tag habe. Aus diesem Grund trat er auf das Baugesuch ein und ordnete hinsichtlich der Benützung der Parkplätze folgende Beweismassnahme (Versuchsbetrieb) an:

Parkzeit	Tarif Versuchsphase
Bis 1 Stunde	(CHF) 0.00
Bis 1.5 Stunden	(CHF) 0.50
Bis 2 Stunden	(CHF) 1.00
Jede weitere Stunde	(CHF) 2.00

Der Versuchsbetrieb wurde bewilligt für 12 Monate ab dem ersten Tag nach Rechtskraft des Entscheids. Die Bauherrschaft wurde angewiesen, jeweils innert 10 Tagen nach Monatsende die Zahl der Fahrten des Vormonats mit den Vergleichszahlen des Vorjahres zu melden.

3. Gegen diese befristete Baubewilligung des Regierungsstatthalters von Thun vom 4. Mai 2016 reichte die Beschwerdeführerin 1 am 3. Juni 2016 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragt, die befristete Baubewilligung sei aufzuheben und auf das Gesuch um Anpassung der Parkplatzbewirtschaftung Coop Thun Strättligenmarkt sei nicht einzutreten. Eventuell sei das Gesuch abzuweisen. Sie macht insbesondere geltend, es würden weder Wiederaufnahmegründe noch veränderte Verhältnisse vorliegen. Auf das Anpassungsbegehren könne deshalb nicht eingetreten werden. Im Übrigen sei der angeordnete Verkehrsversuch nicht zielführend. Da die fragliche Auflage nicht aufgrund einer Überschreitung des zulässigen Fahrtenkontingents verfügt worden sei, würde die Massnahme selbst dann nicht hinfällig, wenn das Fahrtenkontingent auch im Rahmen des Versuchsbetriebs eingehalten würde.

Gegen die befristete Baubewilligung reichten auch die Beschwerdeführenden 2 bis 4 am 6. Juni 2016 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass auf das Baugesuch nicht eingetreten werden könne. Eventuell sei das Baugesuch bezüglich Versuchsbetrieb abzuweisen. Sie machen insbesondere geltend, nach der Praxis seien Gesuche, die die Abänderung rechtskräftiger Auflagen oder Bedingungen von Baubewilligungen anstrebten, ohne in direkter Verbindung

zu einem wesentlichen Umbauprojekt zu stehen, nach den Kriterien der Wiederaufnahme des Verfahrens zu prüfen. Der Beschwerdeführer 2 habe für das Projekt seinerzeit eine Parkplatzzahl von höchstens 197 errechnet. Die Beschwerdegegnerin habe auf einer weit grösseren Parkplatzzahl beharrt. Die Vereinbarung anlässlich der Einspracheverhandlung habe zum Einspracherückzug geführt und sie sei in Form verbindlicher Auflagen in den Bauentscheid eingeflossen. Da Parkplatzzahl und Bewirtschaftungspflicht zusammengehörten, wäre eine Anpassung der Auflage höchstens in einem Verfahren möglich, das auch die Parkplatzzahl und deren Zuteilung mitberücksichtigen würde. Die Anpassung einer Dauerverfügung sei nur zu prüfen, wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse erheblich geändert hätten. Grundlage der Auflagen sei nicht der Massnahmenplan Luftreinhaltung oder das Fahrtenkontingentsystem, sondern die Empfehlungen des Umweltverträglichkeitsberichts sowie die Vereinbarung zwischen Beschwerdegegnerin und Beschwerdeführer 2. Bereits damals sei klar gewesen, dass die Bewirtschaftungspflicht durch das kantonale Recht nicht zwingend vorgeschrieben wurde, sondern als Massnahme gestützt auf die Umweltschutzgesetzgebung rechtlich zulässig war. Der neue Massnahmenplan Luftreinhaltung bewirke keine wesentliche Änderung der Rechtslage, die die Aufhebung der Auflage rechtfertigen würde. Auch der Sachverhalt habe sich nicht wesentlich geändert. Das Objekt sei nach wie vor als verkehrsintensives Vorhaben einzustufen, auch wenn das damals zugesprochene Fahrtenkontingent von 3'900 Fahrten/Tag gut eingehalten werde. Zudem würden die Grenzwerte für NO₂ in Thun nach wie vor nicht überall eingehalten, so dass sich verhaltenslenkende Massnahmen wie die Parkplatzbewirtschaftung zur Umlagerung des Einkaufsverkehrs auf ökologische Fortbewegungsmittel im Gemeindegebiet rechtfertigten. Da sowohl die Sachlage als auch die Rechtslage sich seit 2002 nicht wesentlich geändert hätten, bestehe kein Anlass die rechtskräftige Auflage isoliert in Wiedererwägung zu ziehen. Da weder die Voraussetzungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens noch die Kriterien für die Anpassung einer rechtskräftigen Dauerverpflichtung erfüllt seien, hätte die Vorinstanz gar nicht auf das Baugesuch eintreten dürfen. Auch das Gebot der Rechtsgleichheit stehe der Aufhebung der Auflage entgegen. Im Übrigen werde mit der angefochtenen Verfügung ein Versuch angeordnet, ohne dass Vorgaben über die Begleitung und Auswertung des Versuchs normiert würden. Es fehle insbesondere an konkreten Vorerhebungen über die Zahl von "Quartierparkierern" und die Zahl von rechtswidrigen "Trottoirparkierern", die mit dem Zustand während des Versuches verglichen werden könnten. Der im Gesuch genannte Effekt der Bewirtschaftung auf die Kurzzeiteinkäufer könne mit dieser Versuchsanordnung nicht erfasst werden.

4. In seiner Vernehmlassung vom 21. Juni 2016 beantragt der Regierungsstatthalter von Thun die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Dass ein Versuch bezüglich Änderung einer verkehrstechnischen Auflage bewilligungspflichtig sei, impliziere, dass solche Auflagen aus triftigen Gründen geändert werden könnten. Dazu müsse auf ein solches Gesuch eingetreten werden. Die umstrittene Auflage sei nicht die einzige mögliche Massnahme gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe sich dazu verpflichtet, um ein langwieriges Beschwerdeverfahren zu vermeiden. Sie könne aufgrund der Fahrtenzahlen nachweisen, dass weniger Fahrten als erwartet stattfinden würden. Sie habe damit ein Interesse an einer Überprüfung der Kostenpflicht. Der Versuchsbetrieb diene als Beweismassnahme und solle nachweisen, ob die Auflage erforderlich sei, um die angestrebte Begrenzung des motorisierten Verkehrs zu erreichen.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 6. Juli 2016 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Sie macht insbesondere geltend, es liege kein unrechtmässiges Bauvorhaben vor. Baugesuche könnten grundsätzlich jederzeit neu gestellt werden mit dem Ziel, eine belastende Bedingung oder Auflage zu beseitigen. Das Umweltschutzrecht sei von den zuständigen Behörden zu vollziehen und dürfe aufgrund des zwingenden Charakters des öffentlichen Rechts nicht im Belieben der Parteien stehen. Mit dem Inkraftsetzen des kantonalen Richtplans würden seit Anfang September 2015 das Fahrleistungsmodell "Vorgaben von Luftreinhaltung und Klimaschutz " und das Fahrleistungsmodell "Umsetzung und Controlling" dahinfallen. Somit seien die Grundlagen bezüglich verkehrsintensiver Vorhaben für die Anpassung der fraglichen Auflage relevant. Ob die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben seien, sei unerheblich. Das Baugesuch müsse bereits aufgrund der veränderten gesetzlichen Grundlagen neu beurteilt werden. Es liege weder eine Dauerverfügung noch eine Vereinbarung vor. Die Vorschriften betreffend verkehrsintensive Bauvorhaben in der Bauverordnung seien angepasst worden. Die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse hätten sich seit der Erteilung der Bewilligung 2002 so erheblich verändert, dass auf das neu gestellte Baugesuch eingetreten werden müsse. Damit die genaue Auswirkung des einstündigen unentgeltlichen Parkierens eruiert werden könne, sei eine befristete Baubewilligung zu erteilen. Danach sei definitiv über das Baugesuch zu befinden. Die Versuchsanordnung werde zeigen, wie sich die neue Parkplatzbewirtschaftung sowohl auf den fließenden als auch auf den ruhenden Verkehr auswirken werde.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, zog die Archivakten des Beschwerdeverfahrens RA Nr. 120/2007/4 bei und holte bei der Beschwerdeführerin 1 die Vorakten dazu ein. Zudem holte es beim Regierungsstatthalteramt Thun die Akten zur Gesamtbewilligung vom 16. Oktober 2002 sowie zur Verfügung vom 5. Januar 2005 ein.

Auf die Rechtsschriften und die Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide können mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 BauG⁴). Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführerin 1 ist gemäss Art. 40 Abs. 2 BauG ohne weiteres zur Baubeschwerde befugt. Die Beschwerdeführenden 2 bis 4 sind private Organisationen im Sinn von Art. 35a BauG. Sie sind deshalb im Rahmen ihrer Einsprachegründe zur Beschwerde befugt.

c) Die Beschwerden sind innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden (Art. 40 Abs. 1 BauG). Sie enthalten einen Antrag und eine Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG⁵). Die BVE tritt daher auf die Beschwerden ein.

2. Zone mit Planungspflicht

Die Parzellen Thun (Strättligen) Grundbuchblatt Nrn. H._____ und I._____ befinden sich nach wie vor im Perimeter der Zone mit Planungspflicht (ZPP) E Quartierzentrum

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

Schulstrasse (nachfolgend ZPP E). Das Bauen in einer ZPP setzt grundsätzlich eine rechtskräftige Überbauungsordnung voraus (Art. 93 Abs. 1 Satz 1 BauG). Im Zusammenhang mit der Gesamtbewilligung vom 16. Oktober 2002 verzichtete die zuständige Gemeindebehörde gestützt auf Art. 93 Abs. 1 Bst. b BauG auf den Erlass einer Überbauungsordnung, weil das Vorhaben das Ergebnis eines Projektwettbewerbs war. Es stellt sich deshalb die Frage, ob für das vorliegend zu beurteilende Bauvorhaben die Planungspflicht grundsätzlich wieder auflebt und ob wiederum ein Dispensentscheid der zuständigen Gemeindebehörde erforderlich wäre.⁶ Wie es sich damit verhält, kann jedoch aufgrund der nachfolgenden Erwägung offengelassen werden.

3. Zulässigkeit des Baugesuchs

a) Die Gesamtbewilligung des Regierungsstatthalters von Thun vom 16. Oktober 2002 inklusive der heute umstrittenen Auflage bezüglich Bewirtschaftung der Kundenparkplätze ab der ersten Minute mit mindestens einem Franken pro Stunde wurde damals nicht angefochten. Sie ist daher in formelle Rechtskraft erwachsen. Umstritten ist deshalb in erster Linie, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Baugesuch eingetreten ist.

b) Die formelle Rechtskraft von Verfügungen bewirkt Rechtsbeständigkeit. Das bedeutet, dass diese Verfügungen nicht frei überprüft werden müssen und können. Die Änderung rechtskräftiger Verfügungen kommt nur in Frage, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Zum einen müssen ausreichende Gründe für ein Rückkommen auf die ursprüngliche Verfügung vorliegen, zum anderen braucht es hinreichende Gründe für eine Änderung der rechtskräftigen Verfügung. Als Rückkommensgründe kommen insbesondere die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung, die Veränderung der Umstände oder das Vorliegen eigentlicher Revisionsgründe in Frage. Liegen solche Gründe vor, ist zu prüfen, ob hinreichende Änderungsgründe vorliegen. Sind diese nicht gesetzlich geregelt, ist zwischen dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts (Gesetzmässigkeit) und dem Interesse der Betroffenen am Fortbestand der Verfügung (Vertrauensschutz) abzuwägen.⁷

⁶ Vgl. zum Ganzen: Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) (Hrsg.), Von der Zone mit Planungspflicht zur Baubewilligung, Arbeitshilfe für die Ortsplanung (AHOP), einsehbar unter www.jgk.be.ch, Rubriken «Raumplanung, Arbeitshilfen (AHOP)»

⁷ Vgl. zum Ganzen BGE 137 I 69 E. 2.2; BGer 1C_277/2012 vom 16. November 2012 E. 5.4 und 5.5; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz 1091 ff., 1213 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 31

Im Zusammenhang mit der Änderung oder Anpassung von rechtskräftigen Bauentscheiden gilt im Speziellen, dass Baugesuche "grundsätzlich jederzeit neu gestellt werden können mit dem Ziel, eine zunächst abgelehnte Bewilligung doch noch zu erwirken oder eine belastende Bedingung oder Auflage zu beseitigen. Voraussetzung ist aber, dass den Einwänden gegen das frühere Gesuch durch entsprechende Projektänderung Rechnung getragen wird oder dass gegenüber dem erstmaligen Verfahren sonst wie massgeblich veränderte Verhältnisse vorliegen. Ausser den Wiederaufnahmegründen nach Art. 56 VRPG fallen auch alle tatsächlichen oder rechtlichen Veränderungen (einschliesslich Praxisänderungen), die seit dem erstmaligen Bauentscheid eingetreten sind, in Betracht. Im Verlaufe eines Baubewilligungsverfahrens zurückgezogene und damit unbeurteilt gebliebene Teile eines Gesuches können später auch bei gleich gebliebenen Verhältnissen wieder zum Gesuchsgegenstand gemacht werden. Auf bereits einmal rechtskräftig beurteilte Punkte kann dagegen unter gleichen Verhältnissen nicht mehr eingetreten werden."⁸ Somit ist zu prüfen, ob Umstände vorliegen oder vorgebracht werden, die ein Zurückkommen auf die umstrittene Auflage erlauben oder erfordern und welche Folgerungen daraus für das neue Baugesuch der Beschwerdegegnerin gezogen werden dürfen.

c) Der Kanton Bern erliess 2001 gestützt auf Art. 44a USG⁹ den Massnahmenplan zur Luftreinhaltung 2000/2015. Dieser legte fest, wie das zu erwartende Wachstum des motorisierten Personenverkehrs aufgeteilt und bewirtschaftet werden sollte. Etwas mehr als die Hälfte dieser Fahrleistung wurde für die Grundentwicklung im Kanton reserviert. Der Rest konnte zur Realisierung von verkehrsintensiven Vorhaben eingesetzt werden, wobei der kantonale Richtplan die für die verkehrsintensiven Vorhaben zur Verfügung stehende Fahrleistung nach raumplanerischen Kriterien im Rahmen von Fahrleistungskontingenten verteilte.¹⁰ Wie das Amt für Berner Wirtschaft (beco) in seinem Fachbericht vom 18. Dezember 2015 ausführt, bleibt es im Rahmen des Fahrleistungsmodells den Betreibern von verkehrsintensiven Vorhaben überlassen, wie sie die in der Baubewilligung verfügten maximalen Fahrtenzahl einhalten. Aus diesem Grund enthielten seine Auflagen, die in den Gesamtentscheid vom 16. Oktober 2002 einflossen, keine Forderung nach einer Bewirtschaftung der Kundenparkplätze von der ersten Minute an.¹¹ Auf das

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 34 N. 8, mit weiteren Hinweisen

⁹ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01)

¹⁰ Vgl. zum Ganzen Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 16-18 N. 19 ff.

¹¹ Fachbericht des beco vom 18. Dezember 2015, Vorakten pag. 152

Fahrleistungsmodell stützen folgende Nebenbestimmungen: Der gesamten ZPP E wurde ein Fahrtenkontingent zugeteilt. Gestützt darauf wurde die maximal zulässige Anzahl Ein- und Ausfahrten auf durchschnittlich 3'900 Fahrten/Tag beschränkt. Der Beschwerdegegnerin wurden 88 %, den anderen Grundeigentümern 12 % des Kontingents zugeteilt.¹² Die Grundeigentümer wurden verpflichtet, die Anzahl Kundenfahrten zu messen und der Stadt Thun periodisch Bericht zu erstatten und in Zusammenarbeit mit der Stadt Thun Massnahmen zur Einhaltung des Fahrtenkontingents zu ergreifen, wenn die Fahrtenzahl 10 % über dem zugeteilten Fahrtenkontingent liegt.¹³ Gemäss Infrastrukturvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin 1 sowie dem Gesamtentscheid vom 16. Oktober 2002 stehen der Beschwerdegegnerin im Jahresdurchschnitt somit maximal 3'432 Fahrten/Tag (DTV) (88 % von insgesamt 3'900 DTV) zur Verfügung. Es ist unbestritten, dass die bewilligten Fahrten bisher nicht überschritten wurden.

Das Fahrleistungsmodell wurde 2015 überprüft. Aufgrund der technischen Entwicklung können die (globalen) emissionsseitigen Luftreinhalte-Ziele bis 2030 vom Verkehr insgesamt und vom Personenwagenverkehr insbesondere anteilmässig erreicht werden. Eine Weiterführung des Fahrleistungsmodells auf Basis eines kantonalen Fahrleistungsdachs lässt sich damit nicht mehr rechtfertigen. Gefordert ist aber nach wie vor eine koordinierte Anwendung des Umwelt- und Raumplanungsrechts mit dem Ziel, verkehrsreduzierende Siedlungsstrukturen zu erreichen, gilt doch gemäss Art. 8 Abs. 2 RPG¹⁴, dass Vorhaben mit gewichtigen Auswirkungen auf Raum und Umwelt einer Grundlage im Richtplan bedürfen. Das Fahrleistungsmodell ist deshalb per 1. Februar 2016 durch die Regelung im kantonalen Richtplan 2030 abgelöst worden. Damit bleibt aber ein zentrales Ziel des Fahrleistungsmodells erhalten.¹⁵ Für bestehende Anlagen gilt vorbehältlich abweichender Bestimmungen des Bundesrechts die Besitzstandsgarantie im Sinne von Art. 3 BauG. Sie können weiterentwickelt werden, sofern die Vorgaben des Richtplans eingehalten sind. Nutzungspläne und Baubewilligungen, die sich auf das Fahrleistungsmodell nach Massnahmenplan Luftreinhalte 2000-2015 abstützen, bleiben bis zu ihrer Änderung gültig. Änderungen stützen sich auf das neue Recht.¹⁶ Die Ablösung des Fahrleistungsmodells durch die Regelung im kantonalen Richtplan hat somit keine direkten Auswirkungen auf die Gesamtbewilligung vom 16. Oktober 2002. Die Auflagen in

¹² Vgl. Gesamtentscheid vom 16. Oktober 2002 Ziff. 2 Bst. b

¹³ Vgl. Gesamtentscheid vom 16. Oktober 2002 Ziff. 2 Bst. c

¹⁴ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

¹⁵ Vgl. Richtplan des Kantons Bern, Strategien Kapitel B, S. 5

¹⁶ Vgl. Richtplan des Kantons Bern, Massnahme B_01

Ziff. 2 Bst. b und c, die sich auf das Fahrleistungsmodell stützen, haben weiterhin Gültigkeit. Die Beschwerdegegnerin beantragt denn auch keine Änderung dieser Auflagen.

d) Das Bauvorhaben war der Umweltverträglichkeitsprüfung unterstellt. Grundlage für die Beurteilung bildete der Umweltverträglichkeitsbericht der Beschwerdegegnerin vom 14. Februar 2002. Dieser umfasste insbesondere die vorgesehenen Massnahmen zum Schutze der Umwelt (vgl. Art. 10b Abs. 2 Bst. b USG). Dem Umweltverträglichkeitsbericht lässt sich zu den Massnahmen zur Reduktion des PW-Verkehrs Folgendes entnehmen: "Der motorisierte Individualverkehr führt zu Emissionen, die für die Bereiche Luft und Lärm von Relevanz sind. Es wird grossen Wert darauf gelegt, diese Emissionen so gering wie möglich zu halten. Im Rahmen des vorliegenden Projekts werden mögliche Massnahmen vorgeschlagen, die einen Beitrag zur Reduktion des PW-Verkehrs leisten." Unter den möglichen Massnahmen ist auch die Bewirtschaftung der Kundenparkplätze aufgeführt. Die Beschwerdegegnerin war damit einverstanden, sofern dies koordiniert bei allen Einkaufszentren in der Region Thun eingeführt wird.¹⁷ Die Parkplatzbewirtschaftung zur Vermeidung von Engpässen und Staus sowie zur Reduktion des Schadstoffausstosses wurde als zur Prüfung empfohlene weitergehende Massnahme aufgenommen.¹⁸

In seiner Einsprache vom 22. Juli 2002¹⁹ vertrat der Beschwerdeführer 2 die Auffassung, da es beim Projekt nicht darum gehe, neue Kunden zu gewinnen, sollten eigentlich die 183 bestehenden Parkplätze genügen. Er sei grundsätzlich bereit, 200 Parkplätze zu akzeptieren. Sollte diese Zahl überschritten werden, sei die Bewirtschaftung der Parkplätze ab erster Minute vorzuschreiben. Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 13. September 2002 schlossen der Beschwerdeführer 2 und die Beschwerdegegnerin eine Vereinbarung, wonach die Beschwerdegegnerin die Anzahl Parkplätze auf 250 reduziert und die Kundenparkplätze so bewirtschaftet, dass von der ersten Minute an ein Benützungsbetrag von mindestens einem Franken pro Stunde verlangt wird. Der Beschwerdeführer 2 zog seine Einsprache gegen das Baugesuch zurück. Der Inhalt der Vereinbarung wurde unter dem Titel "Bedingungen und Auflagen" in den Bst. l und m aufgenommen. Wie die eidgenössische und kantonale Gesetzgebung in der Zwischenzeit klargestellt hat (vgl. Art. 55c USG, Art. 38a BauG), gelten solche Vereinbarungen, die Belange des öffentlichen Rechts betreffen, als gemeinsamer Antrag der Bauherrschaft und der Einsprecher an die

¹⁷ Vgl. Umweltverträglichkeitsbericht vom 14. Februar 2002, S. 36

¹⁸ Vgl. Umweltverträglichkeitsbericht vom 14. Februar 2002, S. 51

¹⁹ Archivakten RSA, pag. 170 ff.

zuständige Behörde.²⁰ Um gültig zu sein, müssen sie in den Entscheid aufgenommen werden. Die entscheidende Behörde darf dies nur tun, wenn die Vereinbarung keine rechtlichen Mängel aufweist. Sie hat deshalb zu prüfen, ob die Vereinbarung auf einer korrekten und vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beruht, kein Recht verletzt und nicht unangemessen ist.²¹ Parkraumbeschränkungen und Parkplatzbewirtschaftung zählen zu den Instrumenten der Emissionsbegrenzung im Sinn von Art. 12 Abs. 1 Bst. b und c USG.²² Bei der Auflage betreffend Parkplatzbewirtschaftung von der ersten Minute an handelt es sich somit um eine im Umweltverträglichkeitsbericht als weitergehende Massnahme im Sinne des Vorsorgeprinzips empfohlene Massnahme, die gestützt auf die Vereinbarung mit einem Einsprecher zum Gegenstand des Baugesuchs wurde. Mit der Aufnahme als Auflagen in den Gesamtentscheid wurden sowohl die maximale Parkplatzzahl als auch die Parkplatzbewirtschaftungspflicht ab der ersten Minute verbindlich. Unabhängig davon, ob sie das Fahrtenkontingent einhält, trifft die Beschwerdegegnerin deshalb die Pflicht zur Parkplatzbewirtschaftung.

e) Die Auflagen betreffend Parkplatzzahl und Parkplatzbewirtschaftung ab der ersten Minute haben nach dem oben Ausgeführten keinen Zusammenhang mit dem Fahrleistungsmodell. Sie wurden gestützt auf die Vereinbarung zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdeführer 2 zulässigerweise in den Gesamtentscheid aufgenommen und sind in Rechtskraft erwachsen. Mangels Zusammenhang mit dem Fahrleistungsmodell hat dessen Ablösung durch die Regelung im kantonalen Richtplan 2030 von vornherein keinen Einfluss auf die fraglichen Auflagen. Andere massgebliche tatsächliche oder rechtliche Änderungen der Verhältnisse gegenüber dem abgeschlossenen Verfahren betreffend den Gesamtentscheid vom 16. Oktober 2002, die ein Zurückkommen auf die umstrittene Auflage rechtfertigen würde, sind weder geltend gemacht noch ersichtlich. Insbesondere hat die Beschwerdeführerin 1 in der Zwischenzeit mit den Betreiberinnen weiterer vergleichbarer Einkaufszentren in den jeweiligen Infrastrukturverträgen ebenfalls eine Parkplatzbewirtschaftung ab der ersten Minute vereinbart, die unabhängig von der Einhaltung der Fahrtenkontingente zum Tragen kommt. Es liegen somit keine Umstände vor, die ein Zurückkommen auf die umstrittene Auflage erlauben oder erfordern würden. Mangels massgeblicher Veränderung der Verhältnisse seit der rechtskräftigen Gesamtbewilligung ist die Vorinstanz zu Unrecht auf das

²⁰ Griffel/Rausch, in Kommentar USG, Ergänzungsband zur 2. Aufl., 2011, Art. 55c N. 3

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38-39 N.28; Griffel/Rausch, in Kommentar USG, Ergänzungsband zur 2. Aufl., 2011, Art. 55c N. 5

²² Vgl. dazu Griffel/Rausch, in Kommentar USG, Ergänzungsband zur 2. Aufl., 2011, Art. 12 N. 8 ff., mit weiteren Hinweisen

Baugesuch eingetreten. Die Beschwerde ist deshalb bereits aus diesem Grund gutzuheissen. Bei diesem Ergebnis kann offengelassen werden, ob der angeordnete Versuchsbetrieb zielführend ist.

3. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen vorliegend einzig aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG, Art. 19 Abs. 1 GebV²³). Laut 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. Im vorliegenden Fall gilt die Beschwerdegegnerin als unterliegend. Sie hat daher die Verfahrenskosten zu tragen.

Die amtlichen Kosten für das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren hat die gesuchstellende Beschwerdegegnerin zu tragen (Art. 52 Abs. 1 BewD²⁴). Die Vorinstanz hat diese Kosten noch nicht festgelegt, sondern zur Hauptsache geschlagen. Deshalb geht die Sache zurück an die Vorinstanz zur Festsetzung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens.

b) 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 VRPG²⁵). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

Da die Beschwerdeführerin 1 nicht anwaltlich vertreten, sondern in eigener Sache tätig geworden ist, ist ihr kein Parteikostenersatz zuzusprechen. Zudem haben Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG in der Regel keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 VRPG).

²³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

²⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

Die Beschwerdeführenden 2 bis 4 sind anwaltlich vertreten. Sie haben daher Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote ihres Anwalts gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegnerin hat daher den Beschwerdeführenden 2 bis 4 Parteikostenersatz in der Höhe von Fr. 3'163.95 zu leisten.

III. Entscheid

1. In Gutheissung der Beschwerden vom 3. und vom 6. Juni 2016 wird die befristete Baubewilligung bbew 130/2015 des Regierungsstatthalters von Thun aufgehoben und auf das Baugesuch vom 12. August 2015 wird nicht eingetreten.

Die Sache geht zurück an den Regierungsstatthalter von Thun zur Festsetzung der Verfahrenskosten für den vorinstanzlichen Bauentscheid.

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine Zahlungseinladung erfolgt, sobald dieser Entscheid rechtskräftig ist.
3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden 2 bis 3 die Parteikosten im Betrag von Fr. 3'163.95 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- A._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher E._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt G._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, A-Post

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin