

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/45

Bern, 21. November 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Einfache Gesellschaft G._____, bestehend aus:

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 3

Herrn **D.**_____
Beschwerdeführer 4

Herrn **E.**_____
Beschwerdeführer 5

alle per Adresse Herrn A._____

und

F._____
Beschwerdegegnerin

sowie

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Thun vom 25. Juni 2018
(Nr. 942/2017-0288; Freigabe / Fertigstellung H._____-Strasse)



I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte zusammen mit einer weiteren Gesuchstellerin im Dezember 2013 ein Baugesuch ein für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Einstellhalle und einer offenen Logistikhalle auf den Parzellen Thun 2 Grundbuchblatt Nrn. I._____ und J._____ (Baubewilligungsverfahren Nr. 9442/2013-1147). Die Baugrundstücke befinden sich in der Bauzone Wohnen/Arbeiten W/A3. Sie werden über die H._____ erschlossen. Diese Erschliessungsstrasse verläuft ab dem Kreisel K._____strasse zuerst auf dem 6 m breiten (Strassen-)Grundstück Thun 2 Grundbuchblatt Nr. L._____, das im Eigentum der Beschwerdegegnerin ist. Anschliessend führt sie entlang der Parzellengrenzen der Baugrundstücke über die Parzelle Thun 2 Grundbuchblatt Nr. M._____, die im Eigentum der Beschwerdeführenden ist. Auf dem Strassengrundstück Nr. L._____ lastet ein Fuss- und Fahrwegrecht zu Gunsten des Grundstücks der Beschwerdeführenden sowie weiterer Grundstücke. Ein Dienstbarkeitsvertrag vom 17. Mai 2013 (Urschrift Nr. Q._____) regelt die Fertigstellung der H._____ auf dem Strassengrundstück und den Einkauf der wegberechtigten Liegenschaften in diese Strasse.

Gegen das Bauvorhaben erhoben die Beschwerdeführenden Einsprache und meldeten eine Rechtsverwahrung an. Sie verlangten unter anderem die Einhaltung des Dienstbarkeitsvertrags. Anlässlich der Einspracheverhandlung vom 22. Oktober 2014 konnte eine Einigung erzielt werden. Unter anderem sicherte die Beschwerdegegnerin zu, die privatrechtlichen Vereinbarungen bezüglich Instand- und Fertigstellung der Strasse einzuhalten. Die Beschwerdeführenden zogen deshalb ihre Einsprache zurück und hielten einzig ihre Rechtsverwahrung aufrecht. Mit Gesamtentscheid vom 25. November 2014 erteilte die Stadt Thun die Bewilligung. Darin hielt sie in den Nebenbestimmungen u.a. fest, dass die zwischen den Parteien an der Einigungsverhandlung vom 22. Oktober 2014 getroffenen Abmachungen einzuhalten seien.

2. Mit E-Mail vom 12. April 2017 wandten sich die Beschwerdeführenden unter anderem an das Bauinspektorat der Stadt Thun und teilten mit, die Erschliessungsstrasse Thun 2 Grundbuchblatt Nr. L._____ sei 1982 als Detailerschliessungsstrasse mit der Option als Basiserschliessung geplant und klassifiziert, die Baupflicht der Eigentümerschaft auferlegt worden. Die Strasse sei bis und mit Tragschicht ohne Randabschluss von der

Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin erstellt worden. Die Erneuerung der defekten Tragschicht und die Fertigstellung hätten von der Beschwerdegegnerin ausgeführt werden sollen, was diese nicht gemacht habe. Zudem habe die Beschwerdegegnerin Zusicherungen, die sie anlässlich der Einspracheverhandlung vom 22. Oktober 2014 abgegeben habe, nicht erfüllt. Sie habe die Strasse nicht für den Verkehr freigegeben, sondern nutze sie nach wie vor als Park- und Umschlagplatz, so dass der Verkehr trotz richterlichem Verbot auf das Grundstück der Beschwerdeführenden ausweichen müsse. Da es im Baubewilligungsverfahren um die Sicherstellung der Erschliessung gegangen sei, werde die Gemeinde um Mithilfe bei der Durchsetzung der Vereinbarung gemäss Protokoll der Einspracheverhandlung vom 24. Oktober 2014 ersucht. Damals sei zugesichert worden, die 6 m breite Fahrbahn für den Verkehr freizuhalten.

Das Bauinspektorat der Stadt Thun nahm die Eingabe als baupolizeiliche Anzeige entgegen und informierte die Beschwerdeführenden über den weiteren Verfahrensweg. Zudem bat es um ergänzende Unterlagen und Angaben. Die Beschwerdeführenden verzichteten mit Hinweis auf den Datenschutz darauf, dem Bauinspektorat eine vollständige Kopie der privatrechtlichen Vereinbarung (Urschrift Nr. Q._____) zuzustellen. Sie wiesen zudem darauf hin, sie hätten sämtliche Bedingungen für die Sanierung und Fertigstellung der Erschliessungsstrasse (Parzelle Nr. L._____) erfüllt. Es fehle nur noch die Erfüllung der Baupflicht durch die Beschwerdegegnerin. Die detaillierten Baupläne seien seit 1984 bei der Stadt Thun. Da die Beschwerdeführenden den wesentlichen Teil der Strasse auf Parzelle Nr. L._____ finanziert hätten, sei es ihr Anliegen, dass die Strasse so saniert und fertiggestellt werde, dass sie sämtlichen Normen entspreche, für den Lastwagenverkehr genüge und schliesslich von der Gemeinde übernommen werden könne.

3. Mit E-Mail vom 20. März 2018 erkundigte sich das Bauinspektorat, ob sich die Beschwerdeführenden als Partei am Verfahren beteiligen wollten. In ihrer Antwort bejahten die Beschwerdeführenden diese Frage sinngemäss. Ergänzend führten sie aus, mit dem Dienstbarkeitsvertrag Urschrift Nr. Q._____ seien die Modalitäten zur Fertigstellung der Strasse inkl. Trottoir und Einkauf festgeschrieben worden. Dies sei Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung vom 25. November 2014 gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe die Pflicht zur Fertigstellung der Strasse und des Trottoirs nicht erfüllt. Die Erschliessung der H._____ sei 1983 von der Gemeinde den Eigentümern übertragen

worden. Diese hätten sich ihrerseits mit Dienstbarkeiten über Bau und Finanzierung geeinigt. Die Fortsetzung der Strasse auf dem Grundstück Nr. M._____ werde im Zusammenhang mit der Baute auf dem Grundstück Nr. I._____ fertiggestellt. Die Fertigstellung der beiden Strassenstücke auf den Parzellen Nrn. L._____ und M._____ sollte koordiniert werden, um Aufwand und Kosten zu sparen.

Mit Verfügung vom 25. Juni 2018 verzichtete das Bauinspektorat der Stadt Thun auf baupolizeiliche Massnahmen. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführenden würden sich auf eine privatrechtliche Vereinbarung (Dienstbarkeitsvertrag) und die Einigungsverhandlung vom 22. Oktober 2014 stützen. Bei der Zusicherung der Beschwerdegegnerin, sich an die privatrechtliche Vereinbarung betreffend Instandstellung der Strasse zu halten, handle es sich nicht um eine neue Abmachung. Es liege keine öffentlichrechtliche Auflage vor. Es stehe den Beschwerdeführenden frei, ihre Ansprüche auf zivilrechtlichem Weg durchzusetzen. Die Beschwerdeführenden hätten telefonisch mitgeteilt, dass die Strasse inzwischen im Wesentlichen nicht mehr blockiert werde. Eine Kontrolle vor Ort am 20. Juni 2018 habe dies bestätigt. Bei allfälligen künftigen Blockaden der Strasse bestehe wohl weiterhin die Möglichkeit einer privatrechtlichen Anzeige. Auch bleibe eine baupolizeiliche Intervention möglich. Bauliche Massnahmen zur Verhinderung einer Blockade seien kaum denkbar.

4. Gegen diese Verfügung haben die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 25. Juli 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) erhoben. Sie stellen folgende Anträge: Sofern im öffentlich-rechtlich durchgeführten Baubewilligungsverfahren Nr. 9442/2013-1147 nicht die Wegrechtsdienstbarkeit (Urschrift Nr. Q._____ vom 17. Mai 2013) Grundlage für die Sicherstellung der Erschliessung sein soll, sei die Vorinstanz anzuweisen, mitzuteilen, auf welcher anderen öffentlich-rechtlichen Grundlage das Wegrecht sichergestellt und einzufordern sei, auf welcher anderen öffentlich-rechtlichen Grundlage Ausbau, Unterhalt, Befahr- und Begehbarkeit sichergestellt und einzufordern sei und auf welcher anderen öffentlich-rechtlichen Grundlage die Verkehrssicherheit für alle Teilnehmer sichergestellt und einzufordern sei. Alternativ sei die Verfügung mangels Befragung des mit dem Wegrecht belasteten Grundstückseigentümers, mangels Befragung der mit Wegrecht begünstigten Grundeigentümer auf Grundbuchblatt Nr. I._____ und mangels klarer bzw. genügender Grundlage abzuweisen.

5. Das Bauinspektorat der Stadt Thun beantragte in seiner Vernehmlassung vom 24. August 2018, die Beschwerde sei abzuweisen und die baupolizeiliche Verfügung sei zu bestätigen. Die Beschwerdeführenden beabsichtigten im Wesentlichen, privatrechtliche Ansprüche gegenüber Dritten durch die Gemeinde durchsetzen zu lassen. Die Beschwerdegegnerin sei Eigentümerin der Zufahrtsstrasse. Zudem seien die für die Erschliessung erforderlichen Fuss- und Fahrwegrechte im Grundbuch eingetragen (gewesen). Die Baubewilligungsbehörde habe sich deshalb nicht im Detail mit der Urschrift Nr. Q._____ auseinandersetzen müssen. Die Beschwerdeführenden hätten im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens nicht geltend gemacht, die Erschliessung sei ungenügend. Das Bauinspektorat legte seiner Vernehmlassung eine Stellungnahme des Tiefbauamts der Stadt Thun vom 17. August 2018 bei. Dieser lässt sich entnehmen, dass das Tiefbauamt bereit ist, die Erschliessungsstrasse H._____ in mängelfreiem Zustand zu übernehmen. Die Strasse sei jedoch noch nicht fertiggestellt. Die Mängel würden nicht nur den von den Beschwerdeführenden kritisierten Bereich betreffen, sondern auch den Abschnitt der hinteren H._____. Wesentlicher Mangel sei die fehlende Fertigstellung des Wendehammers auf den Parzellen Nrn. M._____ und N._____.

Die Beschwerdegegnerin reichte keine Beschwerdeantwort ein.

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, gab den Beteiligten Gelegenheit, Schlussbemerkungen zum Verfahren einzureichen. Das Bauinspektorat verzichtete mit Schreiben vom 2. Oktober 2018 auf die Einreichung von Schlussbemerkungen. Die Beschwerdegegnerin schloss sich in ihrem Schreiben vom 5. Oktober 2018 der Beschwerdevernehmlassung des Bauinspektorats der Stadt Thun an.

In ihren Schlussbemerkungen vom 10. Oktober 2018 wiesen die Beschwerdeführenden darauf hin, dass einzig der Strassenbereich ab Kreisel K._____strasse bis zum südöstlichen Ende der Strassenparzelle Nr. L._____ samt dem zu realisierenden Trottoir bestritten sei. Die Gemeinde habe den Ausbaustandard für den ersten bewilligten Bauabschnitt der Strasse in den Jahren 1983-1984 auf eine 6 m breite Fahrbahn und ein

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

2 m breites Trottoir festgelegt. Im Hinblick auf den bevorstehenden Zonenplan 1986 habe sie beschlossen, die H._____ mit dieser Detailerschliessungsstrasse zu erschliessen, die Kosten von den Privaten bevorschussen zu lassen und sämtliche Infrastrukturanlagen (Wasser, Schmutzwasserkanalisation, Elektrisches, Gas etc.) von den Gemeindewerken erstellen zu lassen. Der fragliche Ausbaustandard sei im Zusammenhang mit dem Baugesuch für die Fortführung der H._____-Strasse ab Strassengrundstück Nr. L._____ in südöstlicher Richtung bis zum Grundstück Nr. O._____ erneut öffentlich-rechtlich gefordert worden, obwohl dieser Bauabschnitt als Hausanschluss eingestuft worden sei. Es sei unklar, warum dieser Ausbaustandard nun als privatrechtlicher Anspruch der Beschwerdeführenden gelten solle. Von den Gefahren und Missständen seien insbesondere die Bewohner der 39 neuen Wohnungen sowie des Wohn- und Geschäftshauses auf Parzelle Nr. P._____ betroffen. Die Auslegung der Gemeinde bestärke die Beschwerdegegnerin, die Strasse weder für den ungehinderten Verkehr freizugeben, noch diese zu unterhalten oder fertigzustellen. Die Erschliessungsfrage sei bei der Einspracheverhandlung ausführlich diskutiert und die Einhaltung der Dienstbarkeit von der Beschwerdegegnerin zugesichert worden. Die Erschliessung sei aufgrund dieser Sicherstellung (Ausbau 6 m breite Strasse mit 2 m breitem Trottoir, fertigzustellen bis spätestens Ende 2015) als richtig und genügend beurteilt. Dies sei die einzige Grundlage zur Beurteilung der Erschliessung der Bauvorhaben auf den Grundstücken I._____ und J._____ im Baubewilligungsverfahren Nr. 942/2013-1147 gewesen. Dass im Baubewilligungsverfahren keine Rügen bezüglich Erschliessung angebracht worden seien, sei darauf zurückzuführen, dass die Fertigstellung der Erschliessung erst nach dem Bauentscheid auszuführen war. Erst aufgrund der Saumseligkeit der Beschwerdegegnerin hätten baupolizeiliche Massnahmen beantragt werden können. Wenn aufgrund des Bauentscheids baupolizeiliche Massnahmen nicht möglich seien, habe das Bauinspektorat seine Pflicht zur richtigen Formulierung der Massnahmen nicht erfüllt. Die Stellungnahme des Tiefbauamts beziehe sich nicht auf die beanstandeten Erschliessungsmängel. Immerhin werde auch in diesem Schreiben bestätigt, dass eine 6 m breite Fahrbahn und ein 2 m breites Trottoir gefordert würden. Aus diesen Gründen beantragen die Beschwerdeführenden, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Gemeinde sei anzuweisen, Massnahmen zu verfügen, um die Erschliessung im Bereich der Detailerschliessung so zu erfüllen, wie dies im Baubewilligungs- und Einspracheverfahren zugesichert und festgelegt worden sei.

Mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 teilten die Beschwerdeführenden mit, sie hätten am 11. Oktober 2018 festgestellt, dass die Strasse trotz zahlreicher Klagen immer noch häufig blockiert werde, so dass es für Fussgänger und Velofahrer zu gefährlichen Situationen komme.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG² können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVE ist daher für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden. Die Beschwerdeführenden haben sich als Eigentümerinnen und Eigentümer von Nachbarparzellen zulässigerweise als Anzeigende am baupolizeilichen Verfahren beteiligt (Art. 46 Abs. 2 Bst a BauG). Da ihr Antrag auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands abgewiesen worden ist, sind sie durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung befugt (Art. 65 Abs. 1 VRPG³).

b) Parteieingaben müssen gemäss Art. 32 Abs. 2 VRPG bestimmten Mindestanforderungen an die Form genügen. Antrag, Begründung und Unterschrift gehören zu den eigentlichen Gültigkeits- und Prozessvoraussetzungen. Mangelhafte Eingaben können zwar verbessert werden, Antrag und Begründung allerdings nur innerhalb der Rechtsmittelfrist. Da die Beschwerde erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bei der BVE eingegangen ist, ist eine Nachbesserung allfälliger Mängel daher nicht möglich. An Laieneingaben sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen.⁴

Unter dem Antrag wird das Rechtsbegehren verstanden. Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren lautet es in der Regel dahingehend, dass eine

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

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 10 ff.

Verfügung aufzuheben oder abzuändern sei. Es sollte so präzise gefasst sein, dass es unverändert ins Entscheiddispositiv übernommen werden kann. Die Praxis ist jedoch nicht streng. Es ist ausreichend, wenn sich aus dem Zusammenhang sinngemäss ergibt, was beantragt wird.⁵ Was die Begründung betrifft, so muss sinngemäss erkennbar sein, welche Rechtsnorm oder Grundsätze der Ermessungsausübung nach Auffassung der opponierenden Partei verletzt oder inwiefern Sachverhaltselemente unrichtig oder unvollständig festgestellt worden sind⁶. Die Anträge der Beschwerdeführenden sind unklar und beziehen sich teilweise nicht auf die angefochtene Verfügung. Aus der Beschwerde kann jedoch geschlossen werden, dass die Beschwerdeführenden die Aufhebung der Verfügung und den Erlass von baupolizeilichen Massnahmen zur Fertigstellung und zur uneingeschränkten Nutzung der Erschliessungsstrasse H._____ beantragen. Dies präzisieren sie in ihren Schlussbemerkungen ausdrücklich. Zur Begründung machen sie insbesondere geltend, die Baubewilligung vom 25. November 2014 sei auf der Grundlage einer Wegrechtsdienstbarkeit erteilt worden. Die Vorinstanz erkläre sich als nicht zuständig zur Durchsetzung dieses Wegrechts, obwohl dieses Voraussetzung für eine genügende Erschliessung sei. Die Gemeinde komme ihrer Erschliessungspflicht nicht nach. Damit entspricht die Beschwerde den Anforderungen an die Antrags- und Begründungspflicht. Es ist deshalb grundsätzlich darauf einzutreten.

c) Die Beschwerde ist nur im Rahmen des Streitgegenstands zulässig. Dieser wird durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids (sog. Anfechtungsobjekt) und durch die Parteibegehren bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt.⁷ Beschwerdebegehren, die neue, in der angefochtenen Verfügung nicht geregelte Fragen aufwerfen, überschreiten den Streitgegenstand und sind deshalb unzulässig.⁸ Ob die Beschwerdegegnerin die in ihrem Eigentum stehende Strassenparzelle Nr. L._____ als Park- und Warenumsschlagplatz nutzen darf, wurde in der angefochtenen Verfügung mangels Aktualität weder geprüft noch entschieden. Diese Thematik kann deshalb nicht zum Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens gemacht werden. Die Vorinstanz hat sich allerdings in diesem Zusammenhang eine baupolizeiliche Intervention vorbehalten. Soweit sich aus den Rechtsschriften der Beschwerdeführenden Hinweise auf einen ordnungswidrigen Zustand im Sinne der Art. 45 f. BauG ergeben, ist es somit Sache der Vorinstanz, von Amtes wegen

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 10 ff.; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 191 und 196 f.

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 15.

⁷ BGE 133 II 181 E. 3.3

⁸ BGer 1C_330/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 2.1, mit weiteren Hinweisen

ein baupolizeiliches Verfahren einzuleiten.⁹ Nicht Streitgegenstand bilden auch allfällige Besitzesstörungen durch die Beschwerdegegnerin oder andere, die das Privatgrundstück der Beschwerdeführenden als Parkplatz benutzen. Die Abwehr von Besitzesstörungen hat auf dem zivilrechtlichen Weg zu erfolgen. Ebenso wenig bildet die Frage, ob die Gesamtbewilligung vom 25. November 2014 zu Recht bzw. mängelfrei erteilt worden ist, Gegenstand des Verfahrens. Auf Rügen, die sich gegen diese rechtskräftige Bewilligung richten oder sonst wie über das Anfechtungsobjekt hinausgehen, kann nicht eingetreten werden. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist somit einzig, ob die Vorinstanz zur Recht auf baupolizeiliche Massnahmen im Zusammenhang mit der Fertigstellung einer Erschliessungsstrasse verzichtet hat.

2. Fertigstellung der Erschliessungsstrasse H. _____

a) Die Beschwerdeführenden verlangen, dass die Beschwerdegegnerin mittels baupolizeilicher Verfügung verpflichtet wird, die Erschliessungsstrasse H. _____ im Bereich der Parzelle Nr. L. _____ vereinbarungsgemäss fertigzustellen und mit einem 2 m breiten Trottoir zu ergänzen. Soweit es ihnen dabei um die Durchsetzung des Dienstbarkeitsvertrags vom 17. Mai 2013 (Urschrift Nr. Q. _____) geht, ist festzuhalten, dass es sich dabei um eine privatrechtliche Vereinbarung handelt. Über privatrechtliche Verhältnisse wird im Baubewilligungsverfahren grundsätzlich nicht entschieden.¹⁰ Nach Art. 2 Abs. 1 BauG haben die Baubewilligungsbehörden lediglich zu prüfen, ob ein Bauvorhaben den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften und den nach anderen Gesetzen anwendbaren Vorschriften entspricht. Privatrechtliche Vereinbarungen können deshalb in der Regel auch nicht mit baupolizeilichen Mitteln durchgesetzt werden, da die Bestimmungen über die Baupolizei bezwecken, das materielle Baurecht und die Wahrung der öffentlichen Ordnung im Bauwesen durchzusetzen.¹¹ Für die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche steht demgegenüber der zivilrechtliche Rechtsweg offen.

b) Die Beschwerdeführenden sind der Auffassung, die Fertigstellung der Erschliessungsstrasse H. _____ gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 17. Mai 2013

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 2

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 2 N. 4a

¹¹ Vgl. dazu Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Vorbemerkungen zu den Art. 45-52 N. 1

(Urschrift Nr. Q._____) sei Voraussetzung für die Baubewilligung vom 25. November 2014 gewesen. Ausnahmsweise werden im Baubewilligungsverfahren zivilrechtliche Fragen geprüft, wenn die Baubewilligung den Bestand ziviler Rechte voraussetzt, so etwa bei einer Zufahrt über fremden Grund. Die strassenmässige Erschliessung muss in diesem Fall rechtlich sichergestellt sein, beispielsweise durch eine Dienstbarkeit (vgl. Art. 7 BauG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. c BauV¹²).¹³ Zudem muss Gewähr dafür bestehen, dass sie spätestens bei Fertigstellung der Bauten und Anlage vollendet sein wird (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. a BauV). Zur Sicherstellung gehört gegebenenfalls auch der Nachweis genügender finanzieller Mittel.¹⁴ Bestehende Erschliessungsanlagen gelten in bestimmten Fällen als genügend, auch wenn sie die Anforderungen an neue Erschliessungsanlagen nicht erfüllen.¹⁵ Soweit die Erschliessung der Baugrundstücke Nrn. I.____ und J.____ ab dem Kreisel K.____ strasse über das 6 m breiten (Strassen-)Grundstück Nr. L.____ erfolgt, handelt es sich um eine bestehende Anlage, die zudem im Eigentum der Beschwerdegegnerin ist. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, war im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens Nr. 942/2013-1147 insoweit keine rechtliche Sicherstellung mittels Dienstbarkeitsvertrag erforderlich. Dem rechtskräftigen Gesamtentscheid vom 25. November 2014 lässt sich auch nicht entnehmen, dass ein Ausbau des fraglichen Strassenstücks, wie im Dienstbarkeitsvertrag vom 17. Mai 2013 vereinbart, Voraussetzung für das Vorliegen einer genügenden Erschliessung und damit für die Erteilung der Baubewilligung war. Einzige konkrete Nebenbestimmung im Zusammenhang mit der strassenmässigen Erschliessung ist die in Ziff. 2.32 enthaltene Auflage, wonach der projektierte neue Wendehammer gemäss Plan vom 21. Oktober 2014 bis Bauvollendung oder, falls dies vorher eintritt, bis zum Bezug der ersten Wohnung zu erstellen sei. In den Erwägungen wird dazu ausgeführt, dass der projektierte Wendehammer für die Erschliessung erforderlich sei. Weitere Ausführungen zum Thema strassenmässige Erschliessung sind nicht vorhanden. Dies kann aufgrund der erteilten Bewilligung nur so verstanden werden, dass nach Auffassung der Baubewilligungsbehörde die (bereits vorhandene) Erschliessungsstrasse als genügend beurteilt wurde.

¹² Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 2 N. 4a

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 7/8 N. 12

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 7/8 N. 10

c) Soweit sich die Beschwerdeführenden auf die in Ziff. 2.36 unter dem Titel "Allgemeines" enthaltene Nebenbestimmung stützen, ist Folgendes festzuhalten: Mit der Baubewilligung können Bedingungen und Auflagen verbunden werden (Art. 38 Abs. 3 BauG). Bedingungen sind entweder Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Baubewilligung genutzt werden darf (Suspensivbedingung), oder Vorbehalte, deren Eintritt den Wegfall der Bewilligung zur Folge hat (Resolutivbedingung). Auflagen sind Pflichten, die mit einer Baubewilligung verbunden sind. Die Nichterfüllung einer Auflage berührt die Geltung der Baubewilligung nicht, kann aber baupolizeiliche Massnahmen – insbesondere die Ersatzvornahme – und Bestrafung nach sich ziehen.¹⁶ Allein die Tatsache, dass etwas unter dem Titel Auflagen und Bedingungen in einen Bauentscheid aufgenommen wurde, bedeutet noch nicht, dass es sich dabei um eine Auflage oder Bedingung im Rechtssinn handelt. Es kann sich dabei auch um blosse Beifügungen handeln, die auf bestehende gesetzliche Bestimmungen oder Rechtsverhältnisse aufmerksam machen. Diesen unechten Nebenbestimmungen kommt nur deklaratorische Bedeutung zu. Sie dienen lediglich dazu, der Bauherrschaft bestehende Schranken oder Verpflichtungen in Erinnerung zu rufen. Im Streitfall ist es Sache der Justizbehörden, die Zuordnung zwischen echten und unechten Nebenbestimmungen aufgrund einer Auslegung vorzunehmen und die Rechtswirkungen fallbezogen zu bestimmen. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Gültigkeit einer Baubewilligung nicht von der Erfüllung einer rein privatrechtlichen Vereinbarung abhängig gemacht werden kann, die mit dem Bauvorhaben an sich nichts zu tun hat. Es ist nicht Aufgabe der Baupolizeibehörde, privatrechtlichen Vereinbarungen zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁷ Wie dem Protokoll der Einigungsverhandlung vom 22. Oktober 2014 entnommen werden kann, bekräftigt die Beschwerdegegnerin unter anderem, die privatrechtlichen Vereinbarungen bezüglich Instandstellung, Trottoir usw. einzuhalten. Mit der Nebenbestimmung Ziff. 2.36, wonach die zwischen den Parteien an der Einigungsverhandlung vom 22. Oktober 2014 getroffenen Abmachungen einzuhalten seien, wurde diese auf einer privatrechtlichen Vereinbarung beruhende Zusicherung der Beschwerdegegnerin nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung. Sie kann deshalb auch nicht mit einer baupolizeilichen Anzeige durchgesetzt werden. Insoweit ist die Beschwerde abzuweisen.

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 29 N. 1

¹⁷ BVR 1996 S. 539 E. 2a

3. Erschliessungspflicht der Gemeinde

a) Die Beschwerdeführenden weisen auf das grosse Verkehrsaufkommen hin. Sie bemängeln, dass sich die Gemeinde im vorliegend umstrittenen, stark befahrenen Bereich der H. _____ ihrer öffentlich-rechtlichen Erschliessungspflicht entziehe.

b) Nach geltendem Recht projiziert und baut grundsätzlich die Gemeinde die Erschliessungsanlagen (vgl. Art. 108 Abs. 1 BauG). Ihr obliegt somit die Aufgabe, die Bauzone zu erschliessen.¹⁸ Dieser Grundsatz wird in Art. 109 BauG im Interesse einer möglichst zweckmässigen Regelung des Einzelfalls gemildert. Danach kann die Gemeinde diese Aufgabe unter gewissen Voraussetzungen vertraglich den interessierten Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer überbinden. Diese Möglichkeit befreit die Gemeinde aber nicht von ihrer Verantwortlichkeit für die Erschliessung.¹⁹ Erschliessungsanlagen, deren Planung und Bau den interessierten Grundeigentümerinnen und -eigentümern überbunden worden ist, gehen nach ihrer ordnungsgemässen Erstellung von Gesetzes wegen an die Gemeinde zu Eigentum und Unterhalt über (Art. 109 Abs. 2 BauG). Diesen ausserbuchlichen Eigentumsübergang sah bereits Art. 78 BauG 1970²⁰ vor. Damals war die Planung und Festlegung von Detailerschliessungsanlagen grundsätzlich Sache der betroffenen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer.²¹

Das geltende Recht führt den Grundsatz des früheren Rechts weiter, dass alle seit dem 1. Januar 1971 erstellten Erschliessungsanlagen im Eigentum der Gemeinde oder der besonderen Erschliessungsträger (beispielsweise einer Weggemeinde) stehen und von ihnen unterhalten werden sollen.²² Wird eine solche Anlage von den interessierten Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern erstellt, so ist sie ohne Verzug, spätestens aber innerhalb von zwei Jahren fertigzustellen. Bei besonderen Verhältnissen kann der

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 108 N. 1

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 109/110 N. 1

²⁰ Baugesetz vom 7. Juni 1970, in Kraft gesetzt am 1. Januar 1971, aufgehoben mit Art. 145 Abs. 2 BauG (BauG 1970)

²¹ Vgl. dazu Peter Ludwig, die Baulanderschliessung nach bernischem Recht, in: BVR 1982, S. 411 ff., S. 418

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 109/110 N. 3

Gemeinderat diese Frist verlängern (Art. 109 Abs. 1 Bst. d BauG). Nach ihrer ordnungsgemässen Erstellung geht sie von Gesetzes wegen an die Gemeinde zu Eigentum und Unterhalt über (109 Abs. 2 Satz 1 BauG bzw. Art. 78 Abs. 1 BauG 1970). Solange die Anlage nicht ordnungsgemäss erstellt ist, verbleibt sie im Eigentum der privaten Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer.²³ Anlagen sind ordnungsgemäss erstellt, wenn sie den massgebenden Vorschriften und Plänen sowie allfälligen Erschliessungsverträgen entsprechen.²⁴ Der Gemeinderat stellt den Eigentumsübergang in einer Verfügung fest, eröffnet diese den bisherigen Eigentümerinnen und Eigentümern und meldet, sobald die Verfügung rechtskräftig ist, die neuen Eigentumsverhältnisse zur Eintragung in das Grundbuch an (Art. 109 Abs. 2 Satz 2 BauG).

c) Bei der H._____ handelt es sich um eine Detailerschliessungsstrasse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 Bst. b BauG. Das strittige Strassenstück wurde gemäss Angaben der Beschwerdeführenden offenbar noch unter Geltung des BauG 1970 von der damaligen Grundeigentümerin erstellt. Die Fortsetzung der Strasse wurde von den Beschwerdeführenden unter geltendem Recht erstellt. Obwohl diese Detailerschliessungsstrasse sowohl nach geltendem als auch nach altem Recht von Gesetzes wegen an die Gemeinde zu Eigentum und Unterhalt übergehen sollte, ist sie aus nicht bekannten Gründen nach wie vor im Eigentum der Beschwerdeführenden bzw. der Beschwerdegegnerin. Es ist deshalb Sache der Vorinstanz zu prüfen, ob die Erschliessungsstrasse H._____ ordnungsgemäss im Sinn von Art. 109 Abs. 2 BauG erstellt worden ist, so dass sie diese übernehmen kann. Sollte die Prüfung ergeben, dass die Erschliessungsstrasse noch nicht ordnungsgemäss erstellt ist, hätte die Vorinstanz von den verantwortlichen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern die Herstellung des rechtmässigen Zustandes zu verlangen, dafür Frist anzusetzen und die Ersatzvornahme anzudrohen (Art. 45 Abs. 2, Art. 46 und Art. 47 BauG).²⁵ Aufgrund der Akten kann nicht beurteilt werden, ob die Erschliessungsstrasse H._____ ordnungsgemäss erstellt worden ist. Der Fall ist somit insoweit noch nicht entscheidreif und es ist nicht Aufgabe der BVE als Beschwerdeinstanz, erstmals über diese Frage zu befinden. Angesichts der fehlenden Entscheidreife ist es sachgerecht, die Angelegenheit gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VRPG zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 109/110 N. 21

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 109/110 N. 20

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 109/110 N. 22

zurückzuweisen. Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Parteien werden sich vor der Vorinstanz zur Frage der ordnungsgemässen Fertigstellung äussern können.

4. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen vorliegend einzig aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Diese wird festgesetzt auf Fr. 2'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG, Art. 19 Abs. 1 GebV²⁶). 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 gelten die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegnerin je zur Hälfte als unterliegend. Die Verfahrenskosten werden daher entsprechend aufgeteilt. Bei der Beschwerdegegnerin ist allerdings zu berücksichtigen, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit zur Stellungnahme erhielt. Sie konnte sich erstmals im Beschwerdeverfahren zur Sache äussern. Darin sind besondere Verhältnisse zu sehen, die es rechtfertigen, ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

b) Die Parteien sind nicht berufsmässig vertreten (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Das Verfahren war nicht aufwändig (Art. 104 Abs. 2 VRPG). Es sind ihnen deshalb weder Parteikosten noch eine Parteientschädigung noch Auslagenersatz zuzuerkennen.

III. Entscheid

1. Soweit auf die Beschwerde eingetreten werden kann, wird sie insofern gutgeheissen, als die baupolizeiliche Verfügung des Bauinspektors der Stadt Thun vom 25. Juni 2018 aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

²⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

2. Die Beschwerdeführenden haben Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.00 zu bezahlen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A._____, eingeschrieben
- F._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident