

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/164

Bern, 14. März 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

und



Erbengemeinschaft des Herrn David Regez, bestehend aus:

- Herrn **C.**_____
Beschwerdegegner 1

- Frau **D.**_____
Beschwerdegegnerin 2

- Frau **E.**_____
Beschwerdegegnerin 3

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Diemtigen, Diemtigtalstrasse 15, Postfach 13,
3753 Oey-Diemtigen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Diemtigen vom
5. September 2017 (Baugesuch Nr. 762/15-035; Erschliessung, Projektänderung)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtbauentscheid vom 17. März 2017 erteilte das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental die Baubewilligung für den Neubau einer asphaltierten Erschliessungsstrasse mit Wendeplatz und für das Erstellen der Grunderschliessung für Elektro-, Wasser-, Abwasser- und Telefonleitungen zu den geplanten Neubauten. Das Bauvorhaben umfasst auch die Sanierung des alten Strassenteils mit Strassenverbreiterung und Verbesserung des Einfahrtsradius. Am 2. Juni 2017 reichte die Beschwerdegegnerschaft bei der Gemeinde Diemtigen eine Projektänderung ein, die den Wendehammer und die Längsneigung der Erschliessungsstrasse betrifft. Die Gemeinde erachtete den neuen Wendehammer nicht als bewilligungsfähig und verlangte eine Anpassung. Am 12. Juli 2017 reichte die Beschwerdegegnerschaft bei der Gemeinde einen angepassten Projektplan als weitere Projektänderung ein. Das Bauvorhaben wurde nicht bekannt gemacht. Die neue Erschliessungsstrasse und der Wendehammer befinden sich auf den Parzellen Diemtigen Grundbuchblatt Nr. G._____, H._____, I._____ und J._____. Die Parzellen liegen in der Wohnzone W2.

2. Mit Bauentscheid vom 5. September 2017 bewilligte die Gemeinde Diemtigen die Projektänderung. Der Entscheid wurde am 13. September 2017 den Beschwerdeführenden zur Kenntnis zugestellt. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 16. September 2017 eine als Einsprache bezeichnete Eingabe bei der Gemeinde Diemtigen ein. Die Beschwerdeführenden machten insbesondere geltend, dass der auch von ihnen unterzeichnete Plan verbindlich sei. Die Abänderung des Wendehammers führe dazu, dass grosse Lastwagen nicht mehr wenden könnten und deshalb rückwärts zurückfahren müssten. Dies beeinträchtige die Verkehrssicherheit. Zudem kritisierten sie, dass die Gemeinde ihnen die Projektänderung nicht bekannt gegeben habe.

3. Weil die Gemeinde Diemtigen nicht auf die "Einsprache" der Beschwerdeführenden reagierte, reichten diese am 30. Oktober 2017 beim Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental eine aufsichtsrechtliche Anzeige gegen die Gemeinde ein. Mit Verfügung vom 22. Dezember 2017 wies das Regierungsstatthalteramt die Gemeinde Diemtigen an, die Eingabe vom 16. September 2017 umgehend an die Bau-, Verkehrs- und

Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) als Beschwerde weiterzuleiten. Die Beschwerde ging am 28. Dezember 2017 bei der BVE ein.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, edierte die Vorakten und führte den Schriftenwechsel durch. Es warf von Amtes wegen die Frage auf, ob die Gemeinde zur Beurteilung der Projektänderung zuständig war. Mit Beschwerdeantwort vom 31. Januar 2018 beantragt die Beschwerdegegnerschaft, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Subeventualiter sei die Verfügung der Gemeinde Diemtigen vom 5. September 2017 aufzuheben und das Projektänderungsgesuch zur Neubeurteilung an das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental zu überweisen. Die Gemeinde beantragt in ihrer Stellungnahme vom 2. Februar 2018, die Beschwerde sei abzuweisen.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Baubewilligungsbehörde macht die Baugesuche durch Veröffentlichung oder Mitteilung bekannt. In der Bekanntmachung muss auf die Einsprachemöglichkeit hingewiesen werden (vgl. Art 35 BauG). Im vorliegenden Fall wurde die Projektänderung

¹ 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)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

weder publiziert noch den Nachbarn mitgeteilt. Wer keine Möglichkeit zur Einsprache hatte, weil das Bauvorhaben nicht oder nur ungenügend publiziert wurde, kann gegen den Bauentscheid innert 30 Tagen ab Kenntnis des massgebenden Sachverhalts Beschwerde erheben.³ Die Beschwerdeführenden erhielten erst Kenntnis der Projektänderung, als ihnen der vorinstanzliche Entscheid am 13. September 2017 zugestellt wurde. Sie reichten ihre Beschwerde am 16. September 2017 bei der Gemeinde Diemtigen anstatt bei der BVE ein. Auch wenn die Eingabe nicht bei der zuständigen Beschwerdebehörde, sondern bei der Gemeinde erfolgte, ist die 30-tägige Frist gewahrt (Art. 42 Abs. 3 VRPG⁴).

c) Die Beschwerdegegnerschaft und die Gemeinde Diemtigen bringen insbesondere vor, die Beschwerdeführenden seien nicht zur Beschwerde legitimiert, da sie nicht in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen seien. Das Grundstück der Beschwerdeführenden liege weder nahe am Wendeplatz, noch müssten sie diesen benützen. Die Beschwerdeführenden begründen ihr Interesse am Wendehammer mit der Verkehrssicherheit, die gefährdet wäre, wenn grössere Fahrzeuge auf dem zu klein dimensionierten Wendeplatz nicht wenden könnten und rückwärts hinunterfahren würden.

Die Beschwerdelegitimation setzt eine unmittelbare Betroffenheit in eigenen schutzwürdigen Interessen voraus (Art. 40 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG). Nach Lehre und Rechtsprechung ist eine Person in schutzwürdigen Interessen berührt, wenn sie durch ein Bauvorhaben in höherem Mass als die Allgemeinheit betroffen ist und zum Streitgegenstand eine besondere Beziehungsnähe hat. Die besondere Beziehungsnähe muss bei Bauprojekten insbesondere in räumlicher Hinsicht gegeben sein. Dies trifft naturgemäss auf die Nachbarn des Baugrundstücks zu. Der Kreis der betroffenen Nachbarschaft kann aber nicht allgemein festgelegt werden, sondern muss im Einzelfall nach den konkreten Verhältnissen bestimmt werden. Die Nachbarschaft reicht so weit wie die allfälligen nachteiligen Auswirkungen des Bauvorhabens.⁵

Die Liegenschaft der Beschwerdeführenden liegt bei der Einmündung der neuen Erschliessungsstrasse in die bestehende Strasse K._____. Sofern der Wendeplatz am Ende der neuen Erschliessungsstrasse für grössere Fahrzeuge nicht ausreichend

³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35-35c N. 11; BVR 2008, S. 251, E. 4.1

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35-35c N. 16 ff.

dimensioniert ist, müssen diese auf der Erschliessungsstrasse rückwärts zurück fahren. Die Fahrzeuge würden entweder bei der Einmündung in die Strasse K._____ zu wenden versuchen oder auch noch das schmale und sehr steile Strassenstück K._____ bis zur L._____strasse (Basiserschliessung) rückwärts hinunterfahren.⁶ Das Bauvorhaben berührt die Verkehrssicherheit, und zwar gerade auch auf der bestehenden K._____strasse, an der die Beschwerdeführenden wohnen. Die Beschwerdeführenden sind daher von der Projektänderung unmittelbar betroffen und zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Aufhebung von Amtes wegen

a) Die Änderung eines rechtskräftig entschiedenen Bauprojekts vor oder während der Bauausführung bedarf einer Zusatzbewilligung durch die zuständige Baubewilligungsbehörde. Die Zuständigkeit richtet sich nach der Änderung.⁷

Die Beschwerdegegnerschaft und die Gemeinde Diemtigen bringen zusammengefasst vor, bei der vorliegenden Projektänderung gehe es nur um geringfügige Änderungen, insbesondere beim Wendeplatz, und nicht um die gesamte Erschliessungsstrasse an sich, die ja vom Regierungsstatthalter bewilligt worden sei. Es handle sich lediglich um ein geringfügiges Bauvorhaben ohne Koordinationsaufwand, das durch die Gemeinde habe bewilligt werden können.

b) Wenn ein Bauvorhaben für Zwecke der Gemeinde bestimmt ist, ist immer der Regierungsstatthalter oder die Regierungsstatthalterin Baubewilligungsbehörde (Art. 8 Abs. 2 BewD⁸). Der Begriff „für Zwecke der Gemeinde bestimmt“ ist weit auszulegen: Damit soll die institutionelle Unbefangenheit der Gemeinde als Baubewilligungsbehörde gewährleistet werden.⁹ Wie die BVE im Entscheid vom 17. April 2014 ausgeführt hat,¹⁰ ist eine

⁶ Vgl. zur Verkehrssicherheit BDE vom 24. März 2015 E. 2 (RA Nr. 110/2014/143)

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 32 - 32d N. 14

⁸ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 33 N. 3 mit weiteren Hinweisen

¹⁰ BDE 110/2014/19 vom 17. April 2014 E. 2

Detailerschliessungsstrasse immer für Zwecke der Gemeinde bestimmt, auch wenn die Projektierung und Erstellung an Private übertragen wird (vgl. Art. 108 Abs. 1 und Art. 109 BauG). Indem die Beschwerdegegnerschaft die vorliegende Erschliessungsstrasse projektiert und erstellt, führt sie eine gesetzliche Aufgabe der Gemeinde aus. Nach ordnungsgemässer Fertigstellung geht die Erschliessungsstrasse zu Eigentum und Unterhalt an die Gemeinde über (Art. 109 Abs. 2 BauG). Da die Gemeinde sich selber keine Baubewilligung erteilen kann, ist der Regierungstatthalter oder die Regierungstatthalterin für Entscheide über Baugesuche für öffentliche Gemeindestrassen zuständig.¹¹

Bei Projektänderungen kann die Zuständigkeit der Behörden vor allem in jenen Fällen wechseln, in denen das ursprüngliche Bauvorhaben wegen des Koordinationsaufwandes oder wegen der Baukosten von über 1 Mio. Franken in die Zuständigkeit des Regierungstatthalteramtes fiel (vgl. Art. 9 BewD). Wenn die Projektänderung diese Schwellen nicht mehr erreicht, ist die kleine Gemeinde in der Regel Baubewilligungsbehörde. Wenn ein Bauvorhaben hingegen für Zwecke der Gemeinde bestimmt ist, spielt das Ausmass der Projektänderung für die Frage der Zuständigkeit keine Rolle. Die vorliegende Projektänderung umfasst sowohl Änderungen bei der Steigung der Strasse als auch beim Wendeplatz. Selbst wenn die Projektänderung ausschliesslich den Wendeplatz beträfe, würde es sich im vorliegenden Fall immer noch um ein Bauvorhaben der Gemeinde handeln. Die neue Detailerschliessungsstrasse ist als Sackgasse ausgebildet. Sie ist rund 180 m lang und hat eine Kurve um ca. 90°. Die Fahrbahn ist rund 3,40 bis 3,60 m breit, was nur bei besonderen Verhältnissen zulässig ist (vgl. Art. 7 Abs. 2 und 3 BauV).¹² Die Steigung soll bis zu 14 % betragen,¹³ was über der gesetzlichen Norm von 12 % liegt und ebenfalls besondere Verhältnisse voraussetzt (vgl. Art. 9 Abs. 1 BauV). Bei diesen Verhältnissen ist ein Wendeplatz für eine genügende, verkehrssichere Erschliessung unabdingbar. Der Wendeplatz ist Bestandteil der neuen Erschliessungsstrasse (vgl. Art. 5 SG¹⁴). Die Gemeinde Diemtigen war somit nicht zuständig für den Entscheid über die Projektänderung. Sie hätte die Angelegenheit zuständigkeitshalber an das Regierungstatthalteramt überweisen müssen.

¹¹ Eymann/Glatthard-Meyer, KPG Erschliessungsbriefe, 2004, Erschliessungsbrief 9 S. 3

¹² Bewilligter Projektplan Strassenbau und Werkleitungen, Situation 1:200 vom 3.01.2017

¹³ Projektänderung, Plan Zufahrtsstrasse mit Wendehammer 1:300, rev. 12.07.2017

¹⁴ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

c) Baugesuche müssen bekannt gemacht werden, was in der Regel durch Veröffentlichung geschieht (vgl. Art. 26 Abs. 1 BewD). Bei Bauvorhaben, die nur die Nachbarinnen und Nachbarn betreffen, genügt eine schriftliche Mitteilung an diese (Art. 27 Abs. 1 BewD). Eine Veröffentlichung ist jedoch immer erforderlich, wenn wesentliche öffentliche Interessen berührt werden, wozu unter anderem die Verkehrssicherheit gehört (vgl. Art. 27 Abs. 5 Bst. c BewD). Auch eine Projektänderung muss in einem solchen Fall publiziert werden (vgl. Art. 43 Abs. 2 BewD). Wie bereits erwähnt, hat die geplante Änderung des Wendeplatzes Auswirkungen auf die Verkehrssicherheit. Damit kann auch der Kreis der von der Änderung betroffenen Personen nicht eindeutig bestimmt werden (vgl. Art. 27 Abs. 5 Bst. a BewD). Im vorliegenden Fall hätte das Projektänderungsgesuch veröffentlicht werden müssen. Die Erteilung einer kleinen Baubewilligung ist nicht möglich.

d) Im vorinstanzlichen Verfahren wurden somit mehrere Verfahrensfehler begangen. Einerseits war die Gemeinde nicht die zuständige Bewilligungsbehörde, andererseits wurde das Baugesuch nicht publiziert. Gemäss Art. 40 VRPG¹⁵ kann die Rechtsmittelbehörde den Entscheid einer Vorinstanz von Amtes wegen aufheben, wenn wesentliche Verfahrensgrundsätze derart verletzt sind, dass die richtige Beurteilung unmöglich oder wesentlich erschwert wird, oder wenn die Vorinstanz zum Erlass der Verfügung oder des Entscheides offensichtlich nicht zuständig war. Die Unzuständigkeit einer Behörde stellt einen schwerwiegenden Mangel und damit grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund dar. Die Nichtigkeitsfolge tritt nach der Rechtsprechung aber nicht in jedem Fall ein. Wenn die Gemeinde grundsätzlich Baubewilligungsbehörde ist und der Rechtsmittelweg gleich wäre, kann aus prozessökonomischen Gründen von einer Rückweisung an das Regierungsstatthalteramt abgesehen werden.¹⁶ Ein reformatorischer Entscheid der BVE wird von keiner Partei beantragt. Eine Beurteilung durch die BVE scheidet vorliegend aus mehreren Gründen aus. Die unterlassene Bekanntmachung der Projektänderung stellt einen weiteren Verfahrensfehler dar, der eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids von Amtes wegen rechtfertigt.¹⁷ Wenn die BVE die Publikation nachholen würde, ginge den potentiellen Einsprecherinnen und Einsprechern das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren verloren. Hinzu kommt, dass es in materieller Hinsicht weiterer Abklärungen bedarf, ob die Grösse des Wendeplatzes für die zu erwartende Nutzung genügt. Dabei sind auch die möglichen Belieferungen der Anwohner

¹⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁶ BVR 2005 S. 321 E. 2.4

¹⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 40 N. 5

und Anwohnerinnen mit Lastwagen zu berücksichtigen. Zur erforderlichen Dimensionierung des Wendehammers bieten die VSS-Normen 640 052¹⁸ Anhaltspunkte. Der angefochtene Entscheid ist somit von Amtes wegen aufzuheben und die Sache an das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental als zuständige Baubewilligungsbehörde weiterzuweisen.

e) Die Baugesuchsakten der Gemeinde Diemtigen (Baugesuchs-Nr. 762/15-035, drei Dossiers: "Unterlagen zum 1. Versuch inkl. Einsprachen"; "Unterlagen zum 2. Versuch inkl. Bewilligung vom Regierungsstatthalteramt"; "Unterlagen zur Projektänderung mit Entscheid der Gemeinde"), Kopien der Beschwerde vom 16. September 2017, der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerschaft vom 31. Januar 2018 (ohne Beilagen) sowie der Stellungnahme der Gemeinde Diemtigen vom 2. Februar 2018 gehen zusammen mit diesem Entscheid an das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental zur Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens im Sinne der Erwägungen.

3. Kosten

a) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Sie werden gestützt auf Art. 19 GebV¹⁹ auf Fr. 800.– festgesetzt.

b) 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 es, keine Verfahrenskosten zu erheben. Die Vorinstanz hat die Verfahrensfehler verursacht, die zur Kassation des angefochtenen Entscheides führen. Damit liegen besondere Umstände vor. Der Gemeinde können jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Verfahrenskosten trägt demnach der Kanton.

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als

¹⁸ Schweizerischer Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute VSS, SN 640 052, Wendeanlagen

¹⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Wegen der Verfahrensfehler der Gemeinde, die für die beteiligten Parteien einen erheblichen Mehraufwand verursacht haben, liegen besondere Umstände vor, die eine Auferlegung der Parteikosten an die Gemeinde rechtfertigen.

Die Beschwerdeführenden sind nicht anwaltlich vertreten und haben keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdegegnerschaft gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Gemeinde Diemtigen hat somit der Beschwerdegegnerschaft die Parteikosten von Fr. 3'288.40 (inkl. Auslagen und MWSt) zu ersetzen.

d) Die amtlichen Kosten für das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren vor der Vorinstanz müssen in diesem Entscheid nicht geregelt werden. Zwar wird mit dem angefochtenen Entscheid auch die entsprechende Kostenverlegung aufgehoben. Die Sache geht jedoch zur Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens an das zuständige Regierungsstatthalteramt. Die Gemeinde Diemtigen kann ihre Kosten im Baubewilligungsverfahren beim Regierungsstatthalteramt geltend machen.

III. Entscheid

1. Der Bauentscheid der Gemeinde Diemtigen vom 5. September 2017 wird von Amtes wegen aufgehoben.
2. Die Baugesuchsakten der Gemeinde Diemtigen (Baugesuchs-Nr. 762/15-035, drei Dossiers), Kopien der Beschwerde vom 16. September 2017, der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegner vom 31. Januar 2018 (ohne Beilagen) sowie der Stellungnahme der Gemeinde Diemtigen vom 2. Februar 2018 gehen an das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental zur Fortsetzung des Baubewilligungsverfahrens im Sinne der Erwägungen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Die Gemeinde Diemtigen hat der Beschwerdegegnerschaft die Parteikosten im Betrag von Fr. Fr. 3'288.40 (inkl. Auslagen und MWSt) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Frau B._____ und Herrn A._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Diemtigen, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, mit Beilagen gemäss Ziff. 2, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin