



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2022/145

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 1. November 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____, und weitere 19 Beschwerdeführende
Beschwerdeführer 1

alle per Adresse an: Herrn **C.**_____

und

Einfache Gesellschaft bestehend aus:

D._____
Beschwerdegegnerin 1

Frau **E.**_____
Beschwerdegegnerin 2

Herrn **F.**_____
Beschwerdegegner 3

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt G._____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Bauverwaltung, Vordorfgasse 1,
3714 Frutigen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen vom 16. August
2022 (BG-Nr. 2022-0045; Bewilligung zum vorzeitigen Baubeginn)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerschaft reichte am 12. Mai 2022 bei der Gemeinde Frutigen ein Baugesuch ein für den Neubau eines Einfamilienhauses mit Garage und eines Mehrfamilienhauses mit Einstellhalle auf den Parzellen Frutigen Grundbuchblatt Nrn. A._____ und B._____. Die Parzellen liegen in der Wohnzone W2 E. Gegen das Bauvorhaben erhoben

die Beschwerdeführenden am 20. Juli 2022 Einsprache beim Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental.

2. Am 8. August 2022 ersuchte die Beschwerdegegnerschaft die Gemeinde Frutigen um Bewilligung zum vorzeitigen Baubeginn nach Art. 39 Abs. 4 BewD¹. Gemäss Situationsplan vom 8. August 2022 beantragte sie den Abtrag von Humus auf einer Fläche von ca. 7 m x 25 m in einer Tiefe von ca. 25 cm.

3. Mit Verfügung vom 16. August 2022 bewilligte die Gemeinde Frutigen den vorzeitigen Baubeginn und verpflichtete die Beschwerdegegnerschaft, bei Verweigerung der Gesamtbaubewilligung den natürlichen Zustand des Baugrundstückes wiederherzustellen. In der Rechtsmittelbelehrung verwies sie auf Art. 40 BauG².

4. In der Folge reichten die Beschwerdeführenden am 23. August 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen die Aufhebung der Bewilligung zum vorzeitigen Baubeginn der Gemeinde Frutigen vom 16. August 2022. Zudem beantragen sie, der Beschwerdegegnerschaft sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Strafandrohung zu untersagen, von der angefochtenen Bewilligung Gebrauch zu machen.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet³, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Mit Verfügung vom 25. August 2022 wies das Rechtsamt die Parteien darauf hin, dass aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (vgl. Art. 68 Abs. 1 VRPG⁴) von der Bewilligung zum vorzeitigen Baubeginn vorläufig nicht Gebrauch gemacht werden dürfe. Dementsprechend wurde der Verfahrens Antrag der Beschwerdeführenden auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme als gegenstandslos erachtet.

Die Gemeinde Frutigen beantragt mit Stellungnahme vom 31. August 2022 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der Bewilligung vom 16. August 2022. Die Beschwerdegegnerschaft beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 26. September 2022, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

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

II. Erwägungen

1. Zuständigkeit

Angefochten ist eine Bewilligung des vorzeitigen Baubeginns gemäss Art. 39 Abs. 4 BewD. Demnach können der Aushub der Baugrube, das Legen von Leitungen und ähnliche Arbeiten von der Gemeindebehörde schon nach Eingang des Baugesuchs erlaubt werden, wenn keine Gefahr der Beeinträchtigung von Wasservorkommen besteht und sich die Gesuchstellenden verpflichten, bei Verweigerung der Baubewilligung den natürlichen Zustand des Baugrundstückes wiederherzustellen. Es handelt sich um eine Zwischenverfügung gemäss Art. 61 VRPG im Baubewilligungsverfahren, da dieses dadurch weder ganz noch teilweise abgeschlossen wird.

¹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

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

³ 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)

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

Sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 61 VRPG erfüllt sind, kann die Bewilligung des vorzeitigen Baubeginns mit Baubeschwerde nach Art. 40 Abs. 1 BauG bei der BVD angefochten werden.⁵ Die BVD ist somit grundsätzlich für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

2. Legitimation

a) Die Beschwerdeführenden machen in ihrer Beschwerde vom 23. August 2022 geltend, sie seien im Baubewilligungsverfahren vor dem Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental als Einsprecherinnen und Einsprecher beteiligt und daher zur Beschwerde legitimiert.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 26. September 2022 führt die Beschwerdegegnerschaft aus, die Beschwerdeführenden würden keine Angaben zu ihrer besonderen Betroffenheit oder zu ihrer besonders nahen Beziehung zur Streitsache machen. Der Beschwerdeführer 1 wohne weit weg vom umstrittenen Grundstück. Folglich sei davon auszugehen, dass es insbesondere ihm wie auch möglicherweise den übrigen Beschwerdeführenden an der Beschwerdelegitimation mangle.

b) Die Rechtsmittelbehörde hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die Beschwerdelegitimation gegeben ist.⁶ Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG i.V.m. Art. 61 VRPG). Gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. a BauG zur Einsprache befugt sind Personen, die durch das Bauvorhaben unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen sind. Diese Interessen können rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein, wobei eine besondere Betroffenheit bzw. eine besonders nahe Beziehung zur Streitsache vorausgesetzt ist. Es ist erforderlich, dass die Einsprecherinnen und Einsprecher persönlich vom Bauvorhaben in höherem Mass als die Allgemeinheit berührt werden.⁷ Die Nähe der Beziehung zum Streitgegenstand muss bei Bauprojekten insbesondere in räumlicher Hinsicht gegeben sein.⁸

c) Siebzehn der insgesamt zwanzig Beschwerdeführenden wohnen am H. _____ gässli oder am angrenzenden I. _____ gässli in 3714 Frutigen. Insbesondere die Beschwerdeführenden 9 und 10 wohnen am H. _____ gässli K. _____ und damit unmittelbar neben dem geplanten Bauvorhaben. Als Nachbarinnen und Nachbarn sind somit einige der Beschwerdeführenden zur Einsprache und damit auch zur Beschwerde legitimiert. Da es sich um eine Kollektivbeschwerde handelt, kann offen gelassen werden, ob alle Beschwerdeführenden, insbesondere der Beschwerdeführer 1, der am J. _____ in 3714 Frutigen wohnt, zur Beschwerde legitimiert sind.

3. Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Bauvorhaben nicht bewilligt werde. Durch den vorzeitigen Baubeginn werde jedoch ein «fait accompli» geschaffen. Sie machen damit sinngemäss einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil und das Vorliegen einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung geltend. Darüber hinaus rügen die Beschwerdeführenden, dass die angefochtene Bewilligung aufgrund der enthaltenen Rechtsmittelbelehrung anfechtbar sei.

⁵ BVR 1990 S. 220 E. 6; BVE 190/2013/4 vom 2.12.2013 E. II.2.; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 40 N. 1

⁶ Michael Pflüger, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 65 N. 3.

⁷ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c N. 16

⁸ Vgl. BGE 140 II 214 E. 2.3, mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 1C_346/2011 vom 1.2.2012 E. 2.2

Demgegenüber bringt die Beschwerdegegnerschaft vor, den Beschwerdeführenden würden im Baubewilligungsverfahren keinerlei Nachteile erwachsen. Soweit die Beschwerdeführenden mit ihrer Einsprache durchdringen würden, sei die Beschwerdegegnerschaft ohnehin verpflichtet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Als Zwischenentscheid könne die Bewilligung zum vorzeitigen Baubeginn in Analogie zu Art. 61 VRPG zumindest von den Einsprecherinnen und Einsprechern nur mit Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden.

In ihrer Stellungnahme vom 31. August 2022 führte die Gemeinde Frutigen aus, die erteilte vorzeitige Bewilligung habe keinen präjudiziellen Einfluss auf den Ausgang des Baubewilligungsverfahrens. Im Falle eines nicht zu erwartenden Bauabschlages sei die Bauherrschaft verpflichtet, die getätigten Vorarbeiten auf ihre Kosten vollständig zurückzubauen.

b) Zwischenverfügungen können grundsätzlich nur im Zusammenhang mit dem Endentscheid angefochten werden.⁹ Eine abweichende Regelung gilt für Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (Art. 61 Abs. 2 VRPG). Andere Zwischenverfügungen sind nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 61 Abs. 3 Bst. b VRPG). Ein nicht wiedergutzumachender Nachteil wird in der Praxis bejaht, wenn die opponierende Person ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der Zwischenverfügung hat. Das ist bereits dann gegeben, wenn ein günstiger Endentscheid für die betroffene Person nicht jeden Nachteil zu beseitigen vermag.¹⁰ Wer gegen eine Zwischenverfügung opponiert, muss den nicht wiedergutzumachenden Nachteil dartun. Die Beweislast liegt somit bei der beschwerdeführenden Person.¹¹

Art. 39 Abs. 4 BewD regelt nicht den eigentlichen vorzeitigen Baubeginn, der bis zur Vollendung des gesamten Bauvorhabens gehen kann (vgl. Art. 39 Abs. 1 BewD), sondern lediglich die Gestattung von bewilligungsfreien Vorbereitungsarbeiten wie des Baugrubenaushubs und ähnlicher Handlungen. Hierbei muss sich die Gesuchstellerin zur Wiederherstellung im Falle des Bauabschlages verpflichten (vgl. Art. 39 Abs. 4 BewD). Dementsprechend entsteht allfälligen Einsprecherinnen und Einsprechern kein nicht wiedergutzumachender Nachteil. Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sind Bewilligungen des vorzeitigen Baubeginns gemäss Art. 39 Abs. 4 BewD daher nicht selbständig anfechtbar.¹²

c) Mit der angefochtenen Verfügung vom 16. August 2022 hat die Gemeinde der Beschwerdegegnerschaft die Bewilligung zum vorzeitigen Abhumusieren und Einkoffern (Installationsplatz) sowie zum Legen von Leitungen gemäss Art. 39 Abs. 4 BewD erteilt. Unter dem Titel Bedingungen und Auflagen hat die Gemeinde festgehalten:

Die Gesuchstellerin hat die Pflicht, bei Verweigerung der Gesamtbaubewilligung den natürlichen Zustand des Baugrundstücks wiederherzustellen.

Bei Erteilung der Gesamtbaubewilligung können die Beschwerdeführenden – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – Baubeschwerde erheben (vgl. Art. 40 Abs. 2 BauG). Wenn die Gesamtbaubewilligung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden sollte, wäre die Beschwerdegegnerschaft ebenfalls zur Wiederherstellung verpflichtet. Bleibt die

⁹ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 4

¹⁰ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 39

¹¹ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 38

¹² BVR 1990 S. 220 E. 6

Wiederherstellung aus, besteht für die Beschwerdeführenden zusätzlich die Möglichkeit, eine baupolizeiliche Anzeige einzureichen (vgl. Art. 45 ff. BauG). Die Vorbringen der Beschwerdeführenden, es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Bauvorhaben nicht bewilligt werde und es würde ein «fait accompli» geschaffen, vermögen daher keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zu begründen. Zudem verschafft auch die in der angefochtenen Verfügung enthaltene «Rechtsmittelbelehrung» den Beschwerdeführenden keine Anfechtungsmöglichkeit.¹³ Auf die Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden.

4. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten solidarisch zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 400.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁴).

b) Die Beschwerdeführenden haben zudem der Beschwerdegegnerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV¹⁵ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.– bis CHF 11 800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG¹⁶). Der Anwalt der Beschwerdegegnerschaft macht ein Honorar von CHF 3376.–, Auslagen von CHF 90.– und Mehrwertsteuern geltend. Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Angesichts der umstrittenen Rechtsfragen sind auch die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses als unterdurchschnittlich einzustufen. Insgesamt erscheint damit eine Ausschöpfung des Gebührenrahmens von 15% und somit ein Honorar von CHF 2110.– als angemessen.

Die Beschwerdegegnerin 1 ist mehrwertsteuerpflichtig¹⁷, die Beschwerdegegnerin 2 und der Beschwerdegegner 3 hingegen nicht. Die Beschwerdegegnerin 1 kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerschaft aufgeführte Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nur zur Hälfte zu berücksichtigen.¹⁸ Die Parteikosten der Beschwerdegegnerschaft werden somit festgelegt auf CHF 2369.40 (Honorar CHF 2110.–, Auslagen CHF 90.–, Mehrwertsteuer CHF 169.40). Die unterliegenden Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerschaft die Parteikosten von CHF 2369.40 zu ersetzen. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Besondere Umstände, die eine Auflage der Parteikosten an

¹³ Vgl. hierzu Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 54 m.w.H.

¹⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

¹⁵ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

¹⁶ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

¹⁷ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

¹⁸ BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6

das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheinen lassen, liegen nicht vor (vgl. Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde vom 23. August 2022 wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 400.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerschaft die Parteikosten im Betrag von CHF 2369.40 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn C._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt G._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, per E-Mail (zur Kenntnis)

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

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