



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2022/34

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 4. Mai 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer 1

und 14 weitere Beschwerdeführende

alle per Adresse Herrn C. _____

und

D. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E. _____

sowie

Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, Schloss 1, 3800 Interlaken

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Unterseen, Bauverwaltung, Obere Gasse 2,
Postfach, 3800 Unterseen

betreffend die eBau Nummer 2021-6337 / 72401 vom 25. Januar 2022 (Verfahrensleitende
Verfügung, Gutachten EKD, ENHK)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 30. Juli 2021 (Eingangsdatum) bei der Gemeinde Unterseen ein Baugesuch ein für den Abbruch des bestehenden Gewerbegebäudes und den Neubau eines fünfgeschossigen Wohngebäudes (Erstwohnungen) auf Parzellen Unterseen Grundbuchblatt Nrn. A. _____, B. _____ und F. _____. Der Kanal soll dabei offengelegt werden. Östlich davon soll ein öffentlich zugänglicher Garten entstehen. Der Grobrechen des Kanals soll zum G. _____ verschoben werden. Die Einstellhalle soll bestehen bleiben. Das Liftgebäude (Nr. 11b) soll teilweise, der Unterstand (Nr. 11a) gänzlich abgebrochen werden. Die Parzelle liegt in der Zone mit Planungspflicht (ZPP) «K. _____» und im Ortsbildschutzgebiet B. Das Areal ist im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) als

Umgebungszone III mit Erhaltungsziel b verzeichnet. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Gewährung von Ausnahmegewilligungen nach Art. 48 WBG¹, Art. 41c GSchV² sowie Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV. Die Bauparzellen liegen im Gewässerschutzbereich A_u.

Das Bauvorhaben basiert auf dem Projekt «L. _____», das als Sieger aus dem in den Jahren 2014-2015 durchgeführten Projektwettbewerb hervorging.³ Das AGR genehmigte am 31. August 2017 Änderungen in der baurechtlichen Grundordnung der Gemeinde, mit denen das weiterbearbeitete Siegerprojekt als verbindlich erklärt wurde. Die diesbezügliche Kollektiveinsprache von Anwohnern des G. _____-Arealis wies das AGR ab.⁴

Der Gemeinderat der Gemeinde Unterseen beschloss am 23. August 2021 Änderungen an Art. 49 GBR⁵ betreffend die ZPP «G. _____». Eine Gruppe von Anwohnerinnen und Anwohnern des G. _____-Arealis und Umgebung, die vom Beschwerdeführer 1 vertreten wird, hat dagegen Einsprache eingelegt.⁶

2. Das als Baubewilligungsbehörde zuständige Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli erliess am 20. September 2021 die Leitverfügung zum Baugesuch der Beschwerdegegnerin, wobei als Bauparzellen zusätzlich auch die Parzellen Nrn. H. _____, I. _____ und J. _____ angegeben wurden. Es ersuchte verschiedene Amts- und Fachstellen um Einreichung von Amts- und Fachberichten.⁷ Die Baupublikation erfolgte am 23. und 30. September 2021 im amtlichen Anzeiger. In der Publikation wurde darauf hingewiesen, dass die Genehmigung der Änderung der ZPP «G. _____» durch das AGR vorbehalten bleibe.⁸

Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen die Beschwerdeführenden, vertreten durch den Beschwerdeführer 1, am 20. Oktober 2021 Einsprache.⁹

Mit Verfügung vom 23. November 2021 hielt das Regierungsstatthalteramt fest, die Kantonale Denkmalpflege (KDP) beantrage in ihrem Fachbericht vom 18. Oktober 2021 die Bewilligung des Bauvorhabens unter einer Auflage. Da die Bauherrin gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligungen beantrage, nehme die Baubewilligungsbehörde gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Bundesaufgabe wahr. Es stelle sich daher die Frage, ob im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) oder der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD) eingeholt werden müsse, wie es die durch den Beschwerdeführer 1 vertretenen Einsprechenden geltend machten. Im Hinblick darauf bat das Regierungsstatthalteramt die KDP, sich dazu zu äussern, ob zwingend eine ENHK-Gutachten eingeholt werden müsse oder ob darauf verzichtet werden könne, da das Bauvorhaben höchstens zu einer leichten Beeinträchtigung des ISOS-geschützten Ortsbildes führe.¹⁰ Die KDP stellte sich mit Eingabe vom 22. Dezember 2021 auf den Standpunkt, dass ein Gutachten einer Fachkommission des Bundes vorliegend verzichtbar sei.¹¹

¹ Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau vom 14. Februar 1989 (Wasserbaugesetz, WBG)

² Gewässerschutzverordnung des Bundesrats vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201)

³ Vorakten pag. 64, pag. 366 ff., pag. 545 ff.; vgl. Fachbericht Denkmalpflege, Vorakten pag. 343 f.

⁴ Vorakten pag. 42 ff.

⁵ Baureglement der Gemeinde Unterseen vom 17. April 2000, vom Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) genehmigt am 20. März 2001

⁶ Vorakten pag. 11 ff., pag. 409

⁷ Vorakten pag. 93

⁸ Vorakten pag. 95, pag. 133

⁹ Vorakten pag. 97 ff.

¹⁰ Vorakten pag. 418 ff.

¹¹ Vorakten pag. 430 ff.

Mit Verfügung vom 25. Januar 2022, Dispositivziffer 2 verzichtete das Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli auf die Einholung eines Gutachtens einer Fachkommission des Bundes (EKD, ENHK).

2. Dagegen reichte der Beschwerdeführer 1 in eigenem Namen sowie im Namen weiterer Einsprechender am 22. Februar 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹², machte mit Verfügung vom 28. Februar 2022 darauf aufmerksam, dass im Beschwerdeverfahren vor der BVD nur Anwältinnen und Anwälte zur Prozessvertretung zugelassen sind. Es sandte eine Kopie der Beschwerdeschrift an den Beschwerdeführer 1 zurück zur allfälligen Verbesserung. Die mit den Unterschriften der weiteren Beschwerdeführenden ergänzte Beschwerdeschrift wurde fristgerecht wieder eingereicht. Die Beschwerdeführenden beantragen die Aufhebung von Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 25. Januar 2022. Das Regierungsstatthalteramt sei anzuweisen, bei der zuständigen Fachkommission des Bundes (ENHK oder EKD) ein Gutachten einzuholen. Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass die Voraussetzungen für die obligatorische Einholung eines Gutachtens erfüllt seien.

3. Das Rechtsamt holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das Regierungsstatthalteramt äusserte mit Eingabe vom 4. März 2022 Zweifel an der selbständigen Anfechtbarkeit der Verfügung vom 25. Januar 2022, stellte jedoch keinen förmlichen Antrag zur Beschwerde. Die Gemeinde Unterseen beantragt mit Stellungnahme vom 30. März 2022, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten bzw. diese sei unter Kostenfolge vollumfänglich abzuweisen und die angefochtene Zwischenverfügung sei zu bestätigen. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 30. März 2022 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

4. Die Beschwerdeführenden reichten am 28. April 2022 unaufgefordert Schlussbemerkungen ein, mit denen sie sinngemäss an ihrer Beschwerde festhalten.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine verfahrensleitende Verfügung des Regierungsstatthalteramtes im Baubewilligungsverfahren bbew 181/2021 (e-Bau Nummer 2021-6337 / 72401), mit welcher auf die Einholung eines Gutachtens einer Fachkommission des Bundes (EKD, ENHK) verzichtet wird.

Mit dieser Verfügung wird das Baubewilligungsverfahren weder ganz noch teilweise abgeschlossen. Es handelt sich um eine Zwischenverfügung im Sinne von Art. 61 VRPG¹³. Zwischenverfügungen, die weder die Zuständigkeit noch den Ausstand oder die Ablehnung betreffen, sind selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG) oder wenn 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 wieder gutzumachender Nachteil wird in der Praxis bejaht, wenn die opponierende Partei ein

¹² 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)

¹³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der Zwischenverfügung hat.¹⁴

b) Die Beschwerdeführenden begründen den nicht wieder gutzumachenden Nachteil damit, dass sich die Verfahrenskosten bzw. ihr Kostenrisiko vergrössern würde, wenn sie erst den Endentscheid anfechten könnten. Zudem könnte im Falle eines abschlägigen Gutachtens viel Aufwand gespart und allenfalls ein rascher Endentscheid herbeigeführt werden.

c) Auch im Falle einer Gutheissung der Beschwerde wäre das Ergebnis des Gutachtens und des Baubewilligungsverfahrens noch offen. Es würde also nicht sofort ein Endentscheid herbeigeführt. Die Voraussetzungen nach Art. 61 Abs. 3 Bst. b VRPG sind nicht erfüllt.

d) Im Falle einer Gutheissung und eines abschlägigen Gutachtens könnte allenfalls Verfahrensaufwand für die Klärung der sonstigen Bewilligungsvoraussetzungen gespart werden. Als bundesrechtlich vorgeschriebene Expertise kommt dem Gutachten erhebliches Gewicht zu. Nach Art. 7 Abs. 3 NHG¹⁵ ist es allerdings für die Entscheidbehörde nicht verbindlich, sondern bildet eine der Grundlagen für die Abwägung aller Interessen durch die Entscheidbehörde. Bei Vorliegen triftiger Gründe darf davon abgewichen werden.¹⁶ Selbst wenn im erstinstanzlichen Verfahren ein Gutachten eingeholt wird und dieses abschlägig ausfällt, wird demnach das Verfahren nicht zwingend verkürzt. Die Beschwerdeführenden müssen die amtlichen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens ohnehin nicht tragen. Nach Art. 52 Abs. 1 BewD sind die amtlichen Kosten des Baubewilligungsverfahrens der Baugesuchstellerin zu auferlegen. Den Beschwerdeführenden droht also insoweit kein Nachteil.

Die Beschwerdeführenden tragen im erstinstanzliche Verfahren ihren Parteiaufwand und allfällige Parteikosten. Im Anfallen von Aufwand und von Kosten für die Wahrnehmung von Parteirechten ist kein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG zu erblicken.¹⁷ Zwar kann auch ein bloss wirtschaftliches Interesse der opponierenden Parteien schutzwürdig sein. Allerdings wird ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung einer Zwischenverfügung in der Praxis nicht anerkannt, wenn es nur darum geht, eine Verteuerung oder eine aus wirtschaftlicher Sicht ungünstige Verlängerung des Verfahrens zu verhindern.¹⁸

Die Beschwerdeführenden befürchten ein Kostenrisiko und den Anfall erheblicher Parteikosten bei einer Anfechtung des Endentscheids. Im Falle einer Gutheissung ihres Rechtsmittels gegen den Endentscheid hätten sie keine Verfahrenskosten zu tragen und hätten zudem Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Dadurch würde der befürchtete wirtschaftliche Nachteil wieder gutgemacht. Ein schutzwürdiges Interesse an einer selbständigen Anfechtung der Zwischenverfügung ist auch unter diesem Aspekt zu verneinen.

e) Demnach sind die Voraussetzungen einer selbständigen Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen hier nicht erfüllt. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten.

¹⁴ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 39

¹⁵ Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451)

¹⁶ BGE 136 II 214 E. 5; BBl 2019 349 S. 355; Jörg Leimbacher, in Kommentar NHG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 7 N. 20

¹⁷ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 61 N. 43; BVR 2016 S. 237 E. 5.2.3

¹⁸ Daum, a.a.O., Art. 61 N. 39; BVR 2017 S. 205 E. 1.3

2. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden 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 (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Das sogenannte Unterliegerprinzip kann als eine besondere Form des Verursacherprinzips verstanden werden: Wer im Beschwerdeverfahren unterliegt, hat dieses bzw. die oberinstanzliche Beurteilung durch Festhalten an einem unrichtigen Rechtsstandpunkt erforderlich gemacht und daher die entsprechenden Kosten zu tragen.¹⁹

Die Beschwerdeführenden weisen in ihren Schlussbemerkungen vom 28. April 2022 darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin das Baugesuch eingereicht habe, noch bevor die dafür nötige Änderung der baurechtlichen Grundordnung rechtskräftig erfolgt sei. Die Beschwerdeführenden seien dadurch trotz noch offener planungsrechtlicher Fragen zur Teilnahme am Baubewilligungsverfahren gezwungen worden.

Diese Umstände ändern nichts daran, dass die Beschwerdeführenden mit ihrem Rechtsstandpunkt, wonach die streitige Zwischenverfügung selbständig anfechtbar sei, unterliegen. Die Beschwerdeführenden haben daher die Verfahrenskosten zu tragen. Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 600.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und 20 Abs. 2 GebV²⁰).

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

Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht Parteikosten im Umfang von CHF 7380.25 geltend. Diese setzen sich zusammen aus einem Honorar von CHF 6710.–, den Auslagen von CHF 142.60 und der Mehrwertsteuer von CHF 527.65.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²¹ 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 KAG²²). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Der Streitsache kommt angesichts der Baukosten gemäss Baugesuch von rund CHF 10,5 Mio eine gewisse Bedeutsamkeit zu, allerdings ging es im vorliegenden Verfahren lediglich um den Teilaspekt der Begutachtung durch eine Fachkommission des Bundes. Aufgrund der begrenzten Thematik ist die Schwierigkeit des Prozesses als eher unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von CHF 4000.– als angemessen. Mit den Auslagen von CHF 142.60 und der Mehrwertsteuer von CHF 319.– ergeben sich zu ersetzende Parteikosten von CHF 4461.60.

¹⁹ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 3

²⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²¹ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

²² Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

III. Entscheid

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 600.– 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 Beschwerdegegnerin Parteikosten im Betrag von CHF 4461.60 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn C._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt E._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, per E-Mail
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Unterseen, Bauverwaltung, eingeschrieben

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 4 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.