



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2022/96

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 9. November 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Reiterstrasse 11, 3013 Bern
Beschwerdeführer

und

Herrn **C.**_____
Beschwerdegegner 1

Frau **D.**_____
Beschwerdegegnerin 2

sowie

Einwohnergemeinde Thurnen, Bahnhofstrasse 50, 3127 Mühlethurnen

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Abteilung Bauen, Nydegasse 11/13,
3011 Bern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Thurnen vom 3. Mai 2022 (Baugesuchs-Nr. 35/2021) und die Verfügung des Amts für Gemeinden und Raumordnung (AGR) vom 10. Januar 2022 (G-Nr. 2022.DIJ.24); Abbruch Anbau, Sanierung und Anbau Wohnhaus, Neueindeckung Ziegeldach

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerschaft reichte am 13. Dezember 2021 bei der Gemeinde Thurnen ein Baugesuch ein betreffend Änderungen am bestehenden Wohnhaus auf der Parzelle Thurnen Grundbuchblatt Nr. G._____. Geplant waren der Abbruch eines Anbaus, die Sanierung des Wohnhauses sowie ein neuer Anbau und die Neueindeckung des Ziegeldachs. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone und Teile davon im Gewässerraum des Mühlibachs. Gegen das Bauvorhaben wurde keine Einsprache erhoben. Die Regionale Bauverwaltung Westamt holte beim Beschwerdeführer einen Amtsbericht Wasserbaupolizei zum Bauvorhaben ein.

Mit Gesamtentscheid vom 3. Mai 2022 erteilte die Gemeinde Thurnen die Baubewilligung sowie mehrere Ausnahmegewilligungen, unter anderem die Bewilligung für die «Unterschreitung des

Gewässerraums». Gleichzeitig mit deren Eröffnung erfolgte die Eröffnung der Ausnahmegewilligung für Bauvorhaben ausserhalb des Baugebiets des Amts für Gemeinden und Raumordnung (AGR) vom 10. Januar 2022.

2. Gegen den Gesamtentscheid der Gemeinde Thurnen reichte der Beschwerdeführer am 2. Juni 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Der Beschwerdeführer beantragte die Aufhebung des Gesamtentscheids vom 3. Mai 2022 und die Erteilung des Bauabschlags.

Der Beschwerdeführer machte insbesondere geltend, er habe in seinem Amtsbericht beantragt, dass die wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung nach Art. 48 WBG¹ nur unter der Bedingung erteilt werde, dass das Vorhaben gemäss Art. 41c GSchV² überhaupt bewilligungsfähig sei. Gleichzeitig habe er darauf hingewiesen, er erachte die entsprechenden Voraussetzungen als nicht gegeben. Durch das Vorhaben werde das Ziel der Gewässerschutzgesetzgebung, den Gewässern auf längere Frist wieder mehr Raum zu geben, hinausgezögert und in diesem Sinne die Rechtswidrigkeit verstärkt. Im Gesamtentscheid fehle die entsprechende Prüfung. Ebenfalls seien im Baugesuch im Abschnitt «Ausnahmegesuch» weder Ausnahmen beantragt noch begründet worden. Um diese müsste aber gemäss Art. 10 Abs. 4 BewD³ ausdrücklich ersucht werden. Trotzdem seien Ausnahmegewilligungen erteilt worden. Zudem sei aus Sicht des Beschwerdeführers eine Erweiterung des Gebäudes ausserhalb des Gewässerraums durchaus möglich. Aus den Unterlagen werde jedoch keine solche Prüfung ersichtlich.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁴, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das AGR verzichtete mit Schreiben vom 17. Juni 2022 auf eine Stellungnahme. Mit Schreiben vom 27. Juni 2022 reichte die Beschwerdegegnerschaft beim Beschwerdeführer eine Beschwerdeantwort ein, welche dieser am 4. Juli 2022 an das Rechtsamt weiterleitete. Die Beschwerdegegnerschaft machte insbesondere geltend, der Massivbau, auf dem der Anbau geplant sei, sei bestehend. Daher komme es betreffend Hochwassergefahr zu keiner weiteren Beeinträchtigung. Eine Besichtigung vor Ort könne die Angelegenheit allenfalls klären. Die Gemeinde Thurnen beantragt in ihrer Stellungnahme vom 30. Juni 2022, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualer sei der Entscheid der Baubewilligungsbehörde Thurnen vom 3. Mai 2022 zu bestätigen.

4. Mit Schreiben vom 8. Juli 2022 beantragte der Beschwerdeführer in Absprache mit der Beschwerdegegnerschaft die Sistierung des Verfahrens, um gemeinsam rechtskonforme Projektoptionen zu prüfen. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs sistierte das Rechtsamt das Verfahren mit Verfügung vom 22. Juli 2022 vorläufig bis am 31. Oktober 2022. Am 3. Oktober 2022 ging dem Rechtsamt eine Projektänderungsgesuch der Beschwerdegegnerschaft ein. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2022 nahm das Rechtsamt das Verfahren wieder auf und stellte den Verfahrensbeteiligten das Projektänderungsgesuch zu und hielt fest, es erwäge die Entgegennahme des geänderten Vorhabens als Projektänderung und dessen Rückweisung zur Weiterbehandlung an die Gemeinde Thurnen. Die Gemeinde Thurnen erklärte mit Stellungnahme vom 19. Oktober 2022, sie habe nichts gegen die erwogene Rückweisung der Projektänderung zur Weiterbearbeitung einzuwenden. Vom Beschwerdeführer und vom AGR trafen keine Stellungnahmen ein.

¹ Gesetz vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11)

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

³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁴ 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)

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Der Entscheid der Gemeinde Thurnen ist ein Gesamtentscheid im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KoG⁵, die Verfügung des AGR eine weitere Verfügung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Bst. b KoG. Beide sind gestützt auf Art. 11 Abs. 1 KoG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KoG mit Beschwerde nach Art. 40 Abs. 1 BauG⁶ bei der BVD anfechtbar. Diese ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG). Zur Einsprache befugt sind auch Behörden des Kantons oder des Bundes (Art. 35 Abs. 2 Bst. c BauG) zur Wahrung der ihnen anvertrauten öffentlichen Interessen (Art. 35c Abs. 2 BauG). Ein negativer Amtsbericht einer kantonalen Fachstelle ist einer Einsprache gleichzusetzen, der anschliessend zu einer Beschwerde legitimiert, wenn er innerhalb der Einsprachefrist eingereicht worden ist.⁷ Dass explizit ein Dokument mit dem Titel «Einsprache» eingereicht wird, ist dabei nicht nötig.⁸ Es reicht, wenn aus dem Inhalt hervorgeht, dass das Vorhaben von den Verfassenden nicht gutgeheissen wird.

Der Beschwerdeführer hat zuhanden der Leitbehörde den Amtsbericht Wasserbaupolizei verfasst. Er beantragte in seinem Amtsbericht, dass eine wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung nach Art. 48 WBG unter der Bedingung zu erteilen sei, dass von dieser erst Gebrauch gemacht werden dürfe, wenn die Ausnahmegewilligung für das Bauen im Gewässerraum gemäss Art. 41c GSchV vorliege. Die Leitbehörde habe zu beurteilen, ob das Vorhaben hinsichtlich Art. 41c GSchV bewilligungsfähig sei. Der Beschwerdeführer erachte die Voraussetzungen jedoch als nicht gegeben. Der Beschwerdeführer wies weiter darauf hin, dass die Erteilung der Wasserbaupolizeibewilligung nach Art. 48 WBG die Beurteilung nach Art. 41c GSchV nicht ersetze und nicht zwingend deckungsgleich sei.

Auch wenn der Beschwerdeführer beantragte, dass die wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung zu erteilen sei, ist sein Amtsbericht nicht positiv ausgefallen. Indem der Beschwerdeführer die wasserbaupolizeiliche Bewilligung von der Erteilung der Ausnahmegewilligung nach Art. 41c GSchV abhängig macht, verknüpft er diese beiden Themen. Er hielt klar fest, dass aus seiner Sicht die Voraussetzungen für die Ausnahmegewilligung gemäss Art. 41c GSchV nicht gegeben sind, und implizierte damit, dass das Bauvorhaben insgesamt nicht bewilligungsfähig sei und von der wasserbaupolizeilichen Ausnahmegewilligung kein Gebrauch gemacht werden solle. Der Bericht des Beschwerdeführers entspricht deshalb einem negativen Amtsbericht.

c) Der Bericht des Beschwerdeführers ging bei der Leitbehörde am 28. Januar 2022 ein. Das Baugesuch lag vom 13. Januar 2022 bis zum 14. Februar 2022 öffentlich auf. Der Amtsbericht des Beschwerdeführers wurde während der Einsprachefrist eingereicht. Er ist deshalb einer Einsprache gleichzusetzen und berechtigt zur Beschwerdeerhebung. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

⁵ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c, N. 29

⁸ BVR 2018 S. 469 vom 5. Dezember 2017, E. 4.2

2. Projektänderung

a) Gemäss ursprünglichem Baugesuch vom 13. Dezember 2021 waren der Abbruch eines Anbaus an der Südfassade, ein Anbau an der Nordfassade, die Sanierung des Wohnhauses sowie die Neueindeckung des Ziegeldachs geplant.⁹ Mit den im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eingereichten Plänen sieht die Beschwerdegegnerschaft nun vom Abbruch des Anbaus an der Südfassade und von der Erstellung des Anbaus an der Nordfassade, welcher sich im Gewässerraum befunden hätte, ab.¹⁰ Mit diesen neuen Plänen hat die Beschwerdegegnerschaft das von der Vorinstanz bewilligte Projekt geändert. Es handelt sich dabei um eine Projektänderung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 BewD, mit welcher das Bauvorhaben in seinen Grundzügen gleichbleibt.

b) Laut Art. 43 BewD kann der Baugesuchsteller während der Hängigkeit eines Baubewilligungsverfahrens oder eines nachfolgenden Baubeschwerdeverfahrens vor der BVD eine Projektänderung einreichen, ohne dass deshalb ein neues Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden muss. Die Baubewilligungsbehörde kann nach Anhörung der Beteiligten und den von der Projektänderung berührten Dritten das Verfahren ohne erneute Veröffentlichung fortsetzen bzw. die Änderungen des bewilligten Projekts ohne neues Baugesuchsverfahren gestatten, wenn öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen nicht zusätzlich betroffen sind (Art. 43 Abs. 2 BewD). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Projektänderung nochmals publiziert werden muss, wenn dadurch öffentliche oder wesentliche nachbarliche Interessen zusätzlich betroffen sind. Diese Grundsätze gelten auch im Beschwerdeverfahren. Die Beschwerdeinstanz ist befugt, die Sache zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 43 Abs. 3 BewD), kann aber auch selbst über die Projektänderung entscheiden. Im Falle der Rückweisung an die Vorinstanz zur weiteren Prüfung und neuem Entscheid ist der angefochtene Entscheid aus prozessualen Gründen aufzuheben.¹¹ Hängige Beschwerden werden insoweit gegenstandslos.

Projektänderungsgesuche ersetzen das ursprüngliche Baugesuch. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist somit nur das geänderte Projekt. Massgebend sind damit die beim Rechtsamt der BVD am 16. September 2022 eingegangenen Pläne.

c) Da sich das Bauvorhaben in der Landwirtschaftszone befindet, wird das AGR erneut mittels Verfügung über die Projektänderung befinden müssen (Art. 25 Abs. 2 RPG¹², Art. 84 BauG). Es ist zudem zu prüfen, ob die Einholung neuer Berichte, beispielsweise zum Brandschutz, notwendig ist. Das Bauvorhaben gemäss Projektänderung vom 29. September 2022 erfordert zudem eine erneute materielle Prüfung. Die Projektänderung ist deshalb noch nicht entscheidreif. Es ist nicht Sache der BVD, die erforderlichen formellen Schritte und die Neubeurteilung im oberinstanzlichen Verfahren vorzunehmen. Der angefochtene Entscheid vom 3. Mai 2022 der Gemeinde Thurnen sowie die Ausnahmegewilligung vom 10. Januar 2022 des AGR werden daher aufgehoben und das Projektänderungsgesuch wird gestützt auf Art. 43 Abs. 3 BewD und Art. 72 Abs. 1 VRPG¹³

⁹ Vorakten, Reg. 2, Baugesuch vom 13. Dezember 2021, und Reg. 5 Pläne

¹⁰ Projektpläne Süd- und Nordfassade Projektänderung, beide vom 8. Dezember 2021, rev. 12. September 2022, Massstab 1:100

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 32-32d N. 13a und 13c

¹² Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

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

zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die hängige Beschwerde wird gegenstandslos.

Die Projektänderungspläne gehen zusammen mit den Vorakten zurück an die Gemeinde Thurnen.

3. Kosten

a) Mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids wird auch die Kostenverfügung der Vorinstanz aufgehoben. Aufgrund der Rückweisung an die Vorinstanz wird diese ihre Kosten im neuen Entscheid über die Projektänderung jedoch neu verfügen können. Daher müssen die vorinstanzlichen Kosten in diesem Beschwerdeentscheid nicht verlegt werden.

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁴).

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). Wer ein Rechtsmittel zurückzieht, den Abstand erklärt, oder auf andere Weise dafür sorgt, dass das Verfahren gegenstandslos wird, gilt als unterliegende Partei (Art. 110 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdegegnerschaft hat mit der Einreichung der Projektänderung den Einwänden des Beschwerdeführers Rechnung getragen. Damit gilt die Beschwerdegegnerschaft als unterliegend, weshalb sie die Verfahrenskosten von CHF 800.00 zu tragen hat.

c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Thurnen vom 3. Mai 2022 sowie die Verfügung des Amts für Gemeinden und Raumordnung vom 10. Januar 2022 werden aufgehoben.
2. Die Sache wird zur Beurteilung der Projektänderung vom 29. September 2022 an die Gemeinde Thurnen zurückgewiesen. Im Übrigen wird das Beschwerdeverfahren als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
3. Die Vorakten und der Projektänderungsplan vom 29. September 2022 (3-fach) gehen an die Gemeinde Thurnen.
4. Die Verfahrenskosten von CHF 800.00 werden der Beschwerdegegnerschaft zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdegegnerschaft haftet solidarisch für den gesamten Betrag. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

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

IV. Eröffnung

- Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Rechtsdienst, im Haus
- Frau D._____ und Herrn C._____, eingeschrieben
- Einwohnergemeinde Thurnen, mit Beilagen gemäss Ziff. 3, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Abteilung Bauen, per Kurier

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in fünf 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.