



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2019/87

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 20. Februar 2020

in der Beschwerdesache zwischen

C._____
Beschwerdeführerin 1

Herrn **D.**_____
Beschwerdeführer 2

Frau **E.**_____
Beschwerdeführerin 3

Herrn **F.**_____
Beschwerdeführer 4

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt G._____

und

H._____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher P._____ und/oder Frau Rechtsanwältin Q._____
sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Gsteig bei Gstaad, Gemeindeverwaltung,
Gsteigstrasse 9, 3785 Gsteig b. Gstaad

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Gsteig vom 21. Oktober 2019
(Baugrube, Gültigkeit Baubewilligung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin ist Eigentümerin der im Ortsteil A._____ gelegenen Parzelle Gsteig Gbbl. Nr. L._____. Am 21. Februar 2012 reichte sie ein Baugesuch für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit fünf Wohnungen und Einstellhalle auf der genannten Parzelle ein. Dafür erteilte das Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen mit Gesamtentscheid vom 21. August 2012 die Baubewilligung. Dagegen erhoben die Gesuchstellenden erfolglos Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des

Kantons Bern (BVE), ab. 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion (BVD).¹ Das Verwaltungsgericht hiess das dagegen erhobene Rechtsmittel teilweise gut und ergänzte den Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Obersimmental-Saanen mit der Auflage, dass die Wohnungen als Erstwohnungen genutzt werden müssen.² Das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil am 10. Juli 2015.³

2. Am 4./18. November 2014 stellte die Beschwerdegegnerin ein neues Baugesuch betreffend dieselbe Parzelle (Gsteig Gbbl. Nr. L. _____). Das zweite Projekt umfasst den Neubau eines Wohn- und Gewerbehauses mit einem Unterhalts- und Verkaufsbetrieb für Motorfahrzeuge im Erdgeschoss, drei Erstwohnungen sowie einer Einstellhalle. Mit Gesamtentscheid vom 25. Juli 2016 bewilligte das Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen das Bauvorhaben mit der Auflage, die Wohnungen als Erstwohnungen zu nutzen. Dagegen erhoben die Gesuchstellenden erfolglos Beschwerde bei der BVE und dem Verwaltungsgericht.⁴ Die gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 15. Juni 2018 teilweise gut und wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neuurteilung ans Verwaltungsgericht zurück.⁵

3. Mit Instruktionsverfügung vom 16. Juli 2018 nahm das Verwaltungsgericht das Verfahren unter der Verfahrensnummer 100.2018.211 wieder auf. In diesem Verfahren beantragten die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 19. November 2018, der Beschwerdegegnerin sei zu befehlen, innert einem Monat die auf ihrem Grundstück (Parzelle Nr. L. _____) ausgehobene Baugrube zu beseitigen. Sie machten geltend, die rechtskräftige Baubewilligung für das erste Projekt gemäss dem Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Obersimmental-Saanen vom 21. August 2012 bzw. dem Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juli 2015⁶ sei erloschen bzw. die Bauarbeiten hätten nicht unterbrochen werden dürfen. Mit Instruktionsverfügung vom 21. November 2018 erwog das Verwaltungsgericht, bei der Eingabe der Beschwerdeführenden vom 19. November 2018 handle es sich um eine baupolizeiliche Anzeige, für deren Behandlung die Gemeinde zuständig sei. Es leitete diese der Gemeinde Gsteig zur Weiterbehandlung weiter.

4. Mit Eingabe vom 5. Dezember 2018 beantragten die Beschwerdeführenden beim Verwaltungsgericht die Sistierung des hängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (Verfahrensnummer 100.2018.211) bis zur Erledigung der baupolizeilichen Anzeige. Das Verwaltungsgericht räumte der Beschwerdegegnerin und der Gemeinde die Möglichkeit ein, sich zum Sistierungsantrag der Beschwerdeführenden zu äussern. In der Stellungnahme vom 14. Dezember 2018 an das Verwaltungsgericht lehnte die Gemeinde namens des Gemeinderats den Sistierungsantrag der Beschwerdeführenden ab. Mit Verfügung vom 21. Dezember 2018 wies das Verwaltungsgericht den Sistierungsantrag und mit Urteil vom 7. Mai 2019 die Beschwerde der Beschwerdeführenden ab. Dagegen erhoben die Beschwerdeführenden Beschwerde an das Bundesgericht, welches der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannte und das Gesuch der Beschwerdeführenden um vorsorgliche Massnahmen (Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bzw. Rückbau aller baulichen Massnahmen auf der Bauparzelle) mit Verfügung vom 16. Juli 2019 abwies. Das Hauptverfahren 1C_326/2019 ist noch hängig.

¹ Vgl. Beschwerdeentscheid der BVE vom 20. Dezember 2012 (RA Nr. 110/2012/145)

² Vgl. VGE 2013/30 vom 22. Januar 2015

³ Vgl. BGer 1C_114/2015 vom 10. Juli 2015

⁴ Vgl. Beschwerdeentscheid der BVE vom 6. Februar 2017 (RA Nr. 110/2016/117); VGE 2017/71 vom 21. September 2017

⁵ Vgl. BGer 1C_592/2017 vom 15. Juni 2018

⁶ Vgl. BGer 1C_114/2015

5. Mit Verfügung 4. Dezember 2018 eröffnete die Gemeinde Gsteig – parallel zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren – ein Baupolizeiverfahren. Mit gleicher Verfügung erhielt die Beschwerdegegnerin Gelegenheit, bis 14. Januar 2019 eine Stellungnahme zur Baupolizeianzeige einzureichen. Zudem forderte die Gemeinde die Beschwerdeführenden auf, innert derselben Frist die Anwaltsvollmachten vorzulegen. Dieser Aufforderung kamen die Beschwerdeführenden mit Eingaben vom 14. und 15. Januar 2019 nach. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. Februar 2019 wies die Gemeinde Gsteig darauf hin, dass beim umstrittenen Bauvorhaben bbew 25/2012 am 27. Juli 2018 die Schnurgerüstabnahme stattgefunden hat und bot den Parteien Gelegenheit für Schlussbemerkungen bis 11. März 2019. Mit Eingabe vom 25. Februar 2019 reichten die Beschwerdeführenden bei der Gemeinde Gsteig ein Ablehnungsbegehren gegen den gesamten Gemeinderat ein. Dieses Ablehnungsbegehren leitete die Gemeinde Gsteig mit Verfügung vom 13. März 2019 der BVE zur Behandlung weiter. Mit gleicher Verfügung sistierte sie das hängige baupolizeiliche Verfahren bis zum Entscheid über das Ablehnungsbegehren. Mit Entscheid vom 14. Mai 2019 lehnte die BVE das Ablehnungsbegehren ab, soweit es darauf eintrat.⁷ Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

6. Die Gemeinde Gsteig hob die Sistierung des Baupolizeiverfahrens mit Verfügung vom 20. August 2019 auf und setzte Frist für Schlussbemerkungen an. Nach Eingang der Schlussbemerkungen verfügt die Gemeinde Gsteig mit Entscheid vom 21. Oktober 2019:

- 5.1 Der Baupolizeianzeige wird keine Folge gegeben und die Anträge der Anzeigenden werden abgewiesen.
- 5.2 Es wird festgestellt, dass die Baubewilligung des Regierungsstatthalteramtes Obersimmental-Saanenland vom 21. August 2012 gemäss BGer 1C_114/2015 vom 10. Juli 2015 im Moment dieses Entscheids noch gültig ist.
- 5.3 Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
- 5.4 Auf die Zusprechung von Parteikosten wird verzichtet.

7. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 15. November 2019 Beschwerde bei der BVD ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

1. Der Entscheid in Baupolizeisache des Gemeinderates der Gemeinde Gsteig vom 21. Oktober 2019 sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Baubewilligung (Gesamtentscheid) des Regierungsstatthalteramtes (RSA) Obersimmental-Saanen vom 21. August 2012 nichtig bzw. erloschen ist.
3. Eventualiter zu Antrag 2: Die Baubewilligung vom 21. August 2012 sei zu widerrufen.
4. Die Fortführung der Bauarbeiten sei zu verbieten.
5. H. _____ sei zu befehlen, innert einem Monat den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.
6. Die unter Ziffer 9 dieses Schriftsatzes beantragten Beweise seien abzunehmen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der H. _____.

8. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁸, holte die Vorakten zum aktuellen Verfahren ein, führte den Schriftenwechsel durch und zog die Vorakten RA Nrn. 110/2016/117 (ab Eingang Verwaltungsgerichtsbeschwerde) sowie 110/2012/145 bei. Die Parteien erhielten Gelegenheit für Schlussbemerkungen. Die Beschwerdeführenden reichten

⁷ Vgl. Beschwerdeentscheid der BVE vom 14. Mai 2019 (RA Nr. 195/2019/4)

⁸ 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)

eine "Replik mit Vorbringen eines Novums" ein. Daraufhin erhielt die Beschwerdegegnerin die Möglichkeit zur Stellungnahme. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁹ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Anzeigende durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

b) Die Beschwerdeführenden beantragen eventualiter den Widerruf der Baubewilligung vom 21. August 2012, da sich die Rechtslage geändert habe wegen des neu in Kraft getretenen Art. 14 ZWG¹⁰ betreffend die Sistierungsmöglichkeiten der Nutzungsbeschränkung. Diese Gesetzesänderung habe zu einer Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geführt. Die Beschwerdegegnerin habe von der Baubewilligung vom 21. August 2012 noch nicht Gebrauch gemacht, die Baugrube falle nicht ins Gewicht.

Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.¹¹

Die Beschwerdeführenden beantragen erstmals vor der BVD den Widerruf der Baubewilligung vom 21. August 2012. Wie die Gemeinde und die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführen, ist die Frage eines allfälligen Widerrufs der Baubewilligung vom 21. August 2012 nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Zuständig zum Widerruf wäre zudem das Regierungsstatthalteramt als Baubewilligungsbehörde.¹² Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

c) In ihrer Replik vom 27. Januar 2020 bringen die Beschwerdeführenden neu vor, die Beschwerdegegnerin habe am 25. September 2019 eine Projektänderung zur Baubewilligung vom 21. August 2012 eingereicht und hauptsächlich Anpassungen beim Grundriss, der Fassade, den Werkleitungen und der Aufteilung der Wohnung im Dachgeschoss in zwei Wohneinheiten beantragt. Dabei handle es sich um ein neues Baugesuch und nicht um eine Projektänderung im Sinne von Art. 43 BewD¹³.

Im vorliegenden Verfahren ist strittig, ob die Baubewilligung vom 21. August 2012 abgelaufen ist oder nicht. Eine allfällige Änderung des am 21. August 2012 bewilligten Vorhabens ist hingegen nicht Streitgegenstand. Insoweit wird auf die Beschwerde nicht eingetreten. Der beantragte Beizug der Projektänderungsunterlagen ist daher nicht nötig.

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

¹⁰ Bundesgesetz vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG; SR 702)

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8

¹² Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 43 N. 3

¹³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Gemeinde habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da sie die Unterlagen zur Schnurgerüstabnahme, auf welche sich der angefochtene Entscheid stütze, nicht erhalten hätten.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG¹⁴ gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Die von einer Verfügung betroffene Person hat insbesondere das Recht, zu den wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können, bevor der Entscheid gefällt wird. Dazu muss sie vorweg auch in die massgeblichen Akten Einsicht nehmen können.¹⁵

c) Mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. Februar 2019 teilte die Gemeinde den Verfahrensbeteiligten mit, dass beim umstrittenen Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin am 27. Juli 2018 die Schnurgerüstabnahme stattgefunden habe. Die entsprechenden Unterlagen seien auf der Gemeindekanzlei einsehbar (Ziffer 2). Die Gemeinde gewährte den Parteien zudem (erstmalig) die Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen (Ziffer 3).

Damit hatten die Beschwerdeführenden Kenntnis von der stattgefundenen Schnurgerüstabnahme und der Existenz der entsprechenden Unterlagen. Die Beschwerdeführenden sind mittlerweile auch im Besitz der entsprechenden Dokumente, welche die Gemeinde als Beilagen der Vernehmlassung eingereicht hat.¹⁶ Ob die Gemeinde den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführenden verletzt hat, indem sie ihnen nicht unaufgefordert eine Kopie der Akten zugestellt hat,¹⁷ kann angesichts des Verfahrensausgangs offen bleiben.

3. Erlöschen der Baubewilligung

a) Art. 42 BauG regelt die Geltung der Baubewilligung. Die Beschwerdeführenden bringen vor, Art. 42 BauG entspreche den Anforderungen des Bundesrechts nicht, zumal nicht eine Bauvollendungsfrist vorgesehen sei. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, sieht das BauG eine differenzierte Lösung vor, welche die Gültigkeit einer Baubewilligung hinreichend beschränkt. Inwiefern diese Regelungen bundesrechtswidrig sein sollten, ist nicht erkennbar.

b) Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Beschwerdeführenden gegen die Baubewilligung vom 21. August 2012 mit Urteil vom 10. Juli 2015 ab, soweit es darauf eintrat. Dieses Urteil des Bundesgerichts wurde den Parteien am 29. Juli 2015 zugestellt.¹⁸ Die Schnurgerüstabnahme fand am 27. Juli 2018 statt.¹⁹

¹⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁵ BGE 132 II 485 E. 3.2

¹⁶ Vgl. Verfügung des Rechtsamtes der BVD vom 6. Januar 2020

¹⁷ Vgl. bezüglich Amts- und Fachberichten sowie Stellungnahmen der Gegenpartei im Baubewilligungsverfahren BVR 2009 S. 328 E. 2.4

¹⁸ Vgl. insbesondere Beschwerde Ziffer 1 und Urteilsexemplare mit Eingangsstempel (Beilage 22 Vorakten sowie in Vorakten RA Nr. 110/2012/145)

¹⁹ Vgl. Beilagen zur Stellungnahme der Gemeinde vom 11. Dezember 2019

c) Eine Baubewilligung erlischt insbesondere dann, wenn innerhalb von drei Jahren seit ihrer rechtskräftigen Erteilung mit der Ausführung des Bauvorhabens nicht begonnen wird (Art. 42 Abs. 2 BauG).

Erfordert ein Bauvorhaben eine Schnurgerüstabnahme, gilt diese als Baubeginn (Art. 2 Abs. 2 Bst. a BewD).²⁰ Mit dieser Bestimmung regelt der Kanton Bern die baubeginnenden Arbeiten normativ, es ist daher nicht nach den Umständen zu urteilen, welche Arbeiten als Baubeginn gelten.²¹ Mit der Schnurgerüstabnahme vom 27. Juli 2018 hat die Beschwerdegegnerin den Bau daher im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BauG begonnen. Da die Dreijahresfrist mit dem unbenützten Ablauf der Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt²² bzw. gegen das am 29. Juli 2015 eröffnete Urteil des Bundesgerichts kein Rechtsmittel offen stand, erfolgte der Baubeginn vom 27. Juli 2018 rechtzeitig. In ihrer Replik vom 27. Januar 2020 bestreiten die Beschwerdeführenden die Rechtzeitigkeit des Baubeginns auch nicht mehr.

d) Eine Baubewilligung erlischt weiter, wenn die Ausführung während mehr als einem Jahr unterbrochen wird (Art. 42 Abs. 2 BauG). Als Unterbrechung der Bauausführung ist die vollständige Einstellung der Bauarbeiten für eine längere Zeit zu verstehen. Mehrere Unterbrechungen sind nicht zusammenzurechnen. Dagegen wäre die vorübergehende Wiederaufnahme der Arbeiten nur zum Zweck der Fristunterbrechung rechtsmissbräuchlich und unbeachtlich.²³

Die Beschwerdeführenden machen geltend, vorliegend würden die Unterbrechungen insgesamt mehr als ein Jahr betragen. In der ersten Woche August 2018 habe die Beschwerdegegnerin die Arbeiten bis am 1. Mai 2019 ruhen lassen (1. Unterbrechung). Am 1. Mai 2019 bis am 14. Mai 2019 sei erneut gearbeitet worden für zwei Wochen. Vom 14. Mai 2019 bis Mitte September 2019 sei der Bau wieder unbegründet eingestellt worden. Danach sei wieder sporadisch gearbeitet worden.

Die Beschwerdegegnerin hält dagegen, die Bauarbeiten seien nach Baubeginn weder vollständig eingestellt noch nennenswert unterbrochen worden. Es handle sich nicht um eine ewige Baustelle. Seit Mitte September bis Mitte Dezember 2019 habe sie den Bau fortgesetzt. Das UG sei fertig betoniert inklusive Dach UG/Boden EG.

Die Gemeinde verneint eine Unterbrechung der Bauarbeiten im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BauG, da ihr kein nicht witterungs- oder saisonbedingter längerer Unterbruch bekannt sei.

Die Beschwerdegegnerin hob im Juni/Juli 2018 die Baugrube aus. Aktuell ist das UG fertig betoniert, und zwar nach der letzten Bauetappe ab Mitte September 2019.²⁴ Umstritten ist, welche Arbeiten die Beschwerdegegnerin nach dem Baubeginn im Juni/Juli 2018 bis Mitte September 2019 ausführen liess. Die Beschwerdegegnerin behauptet zwar, die Bauarbeiten seien nicht unterbrochen worden, listet jedoch nicht auf, wann welche Bautätigkeiten erfolgten und legt auch keine entsprechenden Unterlagen ins Recht. In den Akten RA Nr. 110/2016/117 zum zweiten Baubewilligungsverfahren finden sich hingegen Hinweise auf den Ablauf der Ereignisse: Die Beschwerdeführenden reichten am 4. Oktober 2018 im Verwaltungsgerichtsverfahren 2018.211 Fotos der Baustelle ein. Die Beschwerdegegnerin führte dazu mit Schreiben vom 16. Oktober 2018 aus: "Es trifft zu, dass die Beschwerdegegnerin auf

²⁰ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 1a N. 7 sowie Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG) Nr. 7/721.0/21.1, Das neue System: Selbstdeklaration bei der Baukontrolle, S. 3 (abrufbar unter: <www.bsig.jgk.be.ch>)

²¹ Vgl. dazu Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Auflage 2016, S. 349 Fn 259

²² Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 42 N. 4 Bst. a

²³ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 42 N. 4 Bst. d

²⁴ Vgl. Fotos Schnurgerüstabnahme (Beilage zur Stellungnahme der Gemeinde) und Beschwerdeantwortbeilage 3

ihrem Baugrundstück Vorbereitungs- und Aushubarbeiten ausgeführt hat. (...) Die Arbeiten sind und bleiben jedoch bis auf weiteres eingestellt, d.h. der Zustand, wie er mit den von der Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. Oktober 2018 ins Recht gelegten Fotografien (dortige Beilagen 2-4) dokumentiert ist, wird bis zum Vorliegen des Urteils des Verwaltungsgerichts im aktuellen Verfahren nicht verändert." Damit bestätigte die Beschwerdegegnerin, dass sie einzig Vorbereitungs- und Aushubarbeiten ausführen liess und die Bauarbeiten bis auf weiteres eingestellt bleiben. Auf den von den Beschwerdeführenden am 4. Oktober 2018 im Verwaltungsgerichtsverfahren 2018.211 eingereichten Fotos ist ebenfalls kein wesentlicher Baufortschritt zu erkennen. Daher ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin nach den Arbeiten bis Ende Juli 2018, welche zur Schnurgerüstabnahme führten, bis am 16. Oktober 2018 keine Arbeiten mehr vornehmen liess und danach die Bauarbeiten einstellte. Hinweise auf eine allfällige Wiederaufnahme der Bautätigkeit ergeben sich aus der Eingabe vom 7. Juni 2019 der Beschwerdeführenden ans Bundesgericht: "Wenn auch die Bauherrschaft im erwähnten Schreiben behauptet, dass der Zustand der Bauarbeiten bis zum Vorliegen des Urteils des Verwaltungsgerichts nicht verändert würde, so wurde dieses Versprechen bereits vor der Zustellung des hier zu beurteilenden Verwaltungsgerichtsurteils gebrochen mit dem Start weiterer Arbeiten." Das entsprechende Urteil des Verwaltungsgerichts stammt vom 7. Mai 2019, so dass sich die Beschwerdeführenden hier vermutlich auf die Arbeiten während zwei Wochen vom 1. Mai 2019 bis am 14. Mai 2019, welche sie auch in der Beschwerde im vorliegenden Verfahren erwähnen, beziehen. Aufgrund dieser Aktenlage ist nicht klar, welche Arbeiten die Beschwerdeführenden zwischen Ende Juli 2018 und Mitte September 2019 vornehmen liessen. Da es sich dabei um eine Zeitspanne von mehr als einem Jahr handelt, ist der Baufortschritt in dieser Phase entscheidend. Eine vorübergehende Wiederaufnahme der Arbeiten nur zum Zweck der Fristunterbrechung wäre rechtsmissbräuchlich und unbeachtlich. Es ist daher zu klären, wann die Beschwerdegegnerin welche Arbeiten vorgenommen hat. Sollten die Behauptungen der Beschwerdeführenden zutreffen, dass einzig im Mai 2019 während rund zwei Wochen gebaut worden sei, müsste geklärt werden, ob dabei substantielle Baufortschritte erzielt oder die Arbeiten nur "pro forma" zur Unterbrechung der Frist getätigt worden sind. Sollte Letzteres zutreffen, wäre die Baubewilligung vom 21. August 2012 erloschen, ausser der Fristenlauf wäre hinreichend gehemmt worden (vgl. nachfolgend).

e) Der Fristenlauf beginnt nur dann nicht oder wird nur dann gehemmt, wenn die Baubewilligung aus rechtlichen Gründen nicht genutzt werden kann und die Bauherrschaft die zumutbaren Schritte zur Beseitigung der Hinderung unternimmt (Art. 42 Abs. 2 BauG i.V. mit Art. 40 Abs. 2 BewD). Die Ausführungshindernisse können öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sein (z.B. erforderliche weitere Bewilligungen, entgegenstehende Nachbarrechte, Dienstbarkeiten etc.). Sie dürfen aber nicht vorgeschützt werden, um die Geltungsdauer der Baubewilligung nach Belieben ausdehnen zu können. Das Gesetz geht davon aus, dass Bauvorhaben nach ihrer Bewilligung möglichst bald ausgeführt werden sollen, da die für eine Bewilligung massgeblichen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse rasch ändern können (Art. 42 Abs. 3 BauG). Deshalb verlangt das Bewilligungsdekret, dass der Bewilligungsinhaber die Verfahren für die erforderlichen weiteren Bewilligungen und für die Beseitigung privatrechtlicher Hindernisse einleitet, sobald das vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann.²⁵

Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Beschwerdeführenden hätten sich trotz im Grundbuch eingetragener Dienstbarkeit geweigert, die Zustimmung zum Durchbruch für den Anschluss der Einstellhallenzufahrt zu erteilen. Die Beschwerdeführenden halten in ihrer Replik vom 27. Januar 2020 dagegen, sie hätten keineswegs die Zustimmung verweigert, sondern lediglich betont, der Anwalt der Beschwerdegegnerin müsse an den Anwalt der Stockwerkeigentümerin bzw. der

²⁵ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 42 N. 4b

Beschwerdeführenden gelangen. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob und inwieweit das Verhalten der Beschwerdeführenden in Bezug auf die Dienstbarkeit den Fristenlauf gehemmt haben, da die Beschwerdegegnerin einzig den Dienstbarkeitsvertrag ins Recht legt. Diesbezüglich ist der Sachverhalt zu klären, jedenfalls sofern die Abklärungen ergeben, dass die Arbeiten über ein Jahr unterbrochen worden sind (vgl. Ziffer 3d hievor).

Die Gemeinde stellt in ihrer Vernehmlassung zudem in Frage, ob Verzögerungen, welche durch die Rechtsmittel gegen die zweite Baubewilligung entstünden, überhaupt als Bauunterbrechungen gelten würden. Die Beschwerdeführerin hatte zwar nicht die Wahl, welches der Projekte sie verwirklichen wollte, konnte jedoch die erste, rechtskräftige Baubewilligung ausführen. Die Streitigkeiten um die zweite Baubewilligung stellt daher kein Ausführungshindernis dar.²⁶ Dass die Beschwerdeführenden sich gegen die zweite Baubewilligung bis vor Bundesgericht zur Wehr setzen, verlängert die Gültigkeit der Baubewilligung vom 21. August 2012 daher nicht.

4. Rückweisung

a) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Erweist sich die Beschwerde als begründet, soll die Beschwerdeinstanz das streitige Rechtsverhältnis wenn möglich nach ihrer eigenen Erkenntnis abweichend von der angefochtenen Verfügung neu regeln. Das Gesetz verbietet ihr jedoch nicht, kassatorisch zu entscheiden. Die Beschwerdeinstanz soll von der Möglichkeit der Rückweisung nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, die die prozessökonomischen Gesichtspunkte in den Hintergrund treten lassen. Mangelnde Entscheidsreife der Angelegenheit kann einen solchen Grund darstellen, sofern die Beschwerdebehörde selber allzu umfangreiche Beweissmassnahmen durchführen müsste.²⁷

b) Wie sich aus der vorangehenden Erwägung ergibt, ist zu prüfen, ob die Baubewilligung vom 21. August 2012 wegen einer überjährigen Unterbrechung der Arbeiten erloschen ist. Dabei kommt die allgemeine Beweislastregel zum Zug, wonach zu Ungunsten derjenigen Person zu entscheiden ist, die aus der unbewiesen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können (vgl. Art. 8 ZGB²⁸), sofern die Behörde den Sachverhalt trotz Mitwirkung der Parteien (vgl. Art. 20 Abs. 1 VRPG) nicht mit genügender Klarheit erstellen kann.²⁹

Falls das Bundesgericht die Baubewilligung für das zweite Projekt bestätigt und die Beschwerdegegnerin auf die Ausführung des ersten Projekts gemäss der alten Baubewilligung verzichtet, würde das rechtlich geschützte Interesse an der Weiterführung des vorliegenden Verfahrens entfallen. In diesem Fall wäre einzig noch über allfällige Kosten zu entscheiden. Solange das Bundesgericht noch keinen Entscheid gefällt hat und die Abklärungen ergeben, dass die Baubewilligung vom 21. August 2012 erloschen ist, wäre ein Baustopp zu verfügen und die Wiederherstellung zu prüfen. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Rückbaus wäre zu berücksichtigen, dass das bisher Erstellte zumindest teilweise für das zweite Projekt verwendet werden könnte.

²⁶ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 42 N. 4 Bst. b m.w.H.

²⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 2 f.

²⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)

²⁹ BVR 2016 S. 65 E. 2.8.1, 2013 S.497 E. 4.6, je mit Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 18 N. 6

c) Es ist nicht Aufgabe der BVD als Beschwerdeinstanz, die vorliegend notwendigen Abklärungen vorzunehmen und allenfalls als erste Behörde ein Wiederherstellungsverfahren durchzuführen. Es erscheint daher sachgerecht, die Angelegenheit an die Gemeinde als zuständige Baupolizeibehörde zurückzuweisen. Die Beschwerde ist deshalb dahingehend gutzuheissen, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Mit der Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz erübrigt es sich, im vorliegenden Verfahren weitere Beweise abzunehmen und die von den Beschwerdeführenden beantragten Beweismassnahmen werden abgewiesen.

5. Kosten

a) Die Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.-- bis Fr. 4'000.-- erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV³⁰). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringen die Beschwerdeführenden mit ihrem Rechtsmittel nur teilweise durch: Auf das Begehren um Widerruf und Prüfung der Projektänderung wird nicht eingetreten. Zudem wird die Baubewilligung vom 21. August 2012 nicht als nichtig bzw. erloschen erklärt und kein Baustopp verfügt. Das Nichteintreten rechtfertigt vorliegend keine Kostenausscheidung. Nach neuer Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neuurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.³¹ Die Beschwerdeführenden gelten daher als obsiegend. Die Beschwerdegegnerin gilt dementsprechend als unterliegend und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

c) Die Beschwerdegegnerin hat zudem den Beschwerdeführenden 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 PKV³² beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 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 KAG³³). Das geltend gemachte Honorar beträgt Fr. 4'900.– plus Auslagen von Fr. 50.– sowie Mehrwertsteuer von Fr. 381.–. Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Angesichts der umstrittenen Rechtsfragen ist die Schwierigkeit des Prozesses ebenfalls als unterdurchschnittlich einzustufen. Einzig die Bedeutung der Streitsache ist als durchschnittlich zu werten. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 3'725.– als angemessen. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden somit Parteikosten in der Höhe von Fr. 4'065.70 (Honorar Fr. 3'725.–, Auslagen Fr. 50.–, Mehrwertsteuer Fr. 290.70) zu ersetzen.

³⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³¹ BVR 2016 S. 222 E. 4.1

³² Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

³³ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die baupolizeiliche Verfügung der Gemeinde Gsteig vom 21. Oktober 2019 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'065.70 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt G._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher P._____, und Frau Rechtsanwältin Q._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Gsteig bei Gstaad, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

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 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.