

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 25. November 2016**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Steinmann, Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiberin Seiler

Bauherrengemeinschaft ..., bestehend aus:

1. **A.** \_\_\_\_\_

2. **B.** \_\_\_\_\_

beide vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführerinnen

gegen

**C.** \_\_\_\_\_

Beschwerdegegnerin

und

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern**  
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

**Einwohnergemeinde Kandersteg**  
Baubewilligungsbehörde, Postfach 114, 3718 Kandersteg

betreffend Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Carport; Gewässerraum  
(Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern  
vom 27. Juni 2016; RA Nr. 110/2016/7)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sind Eigentümerinnen der Parzelle Kandersteg Gbbl. Nr. 1\_\_\_. Das Grundstück liegt in der Wohn- und Gewerbezone WG 2 und reicht bis zur Kander. Mit Baugesuch vom 19. Mai 2015 beantragten sie eine Bewilligung für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Carport sowie den Abbruch des Bienenhauses und den Teilabbruch des Einstellraums. Gegen das Bauvorhaben erhob unter anderen C.\_\_\_\_\_, Eigentümerin einer Stockwerkeinheit auf der Nachbarparzelle Kandersteg Gbbl. Nr. 2\_\_\_, Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2015 bewilligte der Regierungsrat Frutigen-Niedersimmental das Bauvorhaben und erteilte namentlich eine Ausnahmebewilligung für das Bauen im Gewässerraum.

### **B.**

Gegen diese Verfügung erhob C.\_\_\_\_\_ am 14. Januar 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Diese hiess das Rechtsmittel mit Entscheid vom 27. Juni 2016 gut, hob den Gesamtentscheid auf und erteilte dem Bauvorhaben den Bauabschlag.

### **C.**

Dagegen haben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ am 27. Juli 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, es sei der Entscheid der BVE vom 27. Juni 2016 aufzuheben und der Gesamtentscheid des Regierungsrats Frutigen-Niedersimmental vom 14. Dezember 2015 zu bestätigen. Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C.\_\_\_\_\_ beantragt mit Beschwerdeantwort vom 26. August 2016, die Beschwerde sei abzuweisen. Auf Abweisung schliesst auch die BVE mit Vernehmlassung vom 4. August 2016. Die Einwohnergemeinde (EG) Kandersteg beantragt mit Stellungnahme vom 12. August 2016 hingegen die Gutheissung der Beschwerde.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

**1.2** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

#### **2.**

Umstritten ist zunächst, ob das Vorhaben, das einen Abstand von 8 m zur hinteren Böschungskante des Kanderdamms einhält, im Gewässerraum gemäss Art. 36a des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20) i.V.m. Art. 41a der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201) bzw. Abs. 1 der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 4. Mai 2011 der GSchV (nachfolgend: ÜB GSchV) liegt.

**2.1** Die Kantone haben bis zum 31. Dezember 2018 den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer festzulegen, der für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, den Schutz vor Hochwasser und die Gewässernutzung erforderlich ist (Gewässerraum; Art. 36a Abs. 1 und 2 GSchG i.V.m. Art. 41a und 41b sowie Abs. 1 ÜB GSchV). Im Kanton Bern sind dafür die Gemeinden zuständig (Art. 5b des Gesetzes vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau [Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11]). Solange der Gewässerraum noch nicht festgelegt ist, gelten die einschränkenden Vorschriften für Anlagen im Gewässerraum nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV wie folgt: Entlang von Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle von bis zu 12 m Breite sind sie auf einem beidseitigen Streifen von je 8 m Breite plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle massgebend (Abs. 2 Bst. a ÜB GSchV; sog. Uferstreifen, vgl. Christoph Fritzsche, in Hettich/Jansen/Norer [Hrsg.], Kommentar zum GSchG/WBG, 2016, Art. 36a N. 70). Für Fliessgewässer mit einer bestehenden Gerinnesohle von mehr als 12 m Breite beträgt der Uferstreifen beidseitig je 20 m (Abs. 2 Bst. b ÜB GSchV). Die Bestimmungen der GSchV zum Uferstreifen sind seit ihrem Inkrafttreten am 1. Juni 2011 direkt anwendbar; sie bedürfen keiner gesetzgeberischen Umsetzung durch die Kantone. Kantonale Gewässerabstände, die weniger weit gehen als das Bundesrecht, sind daher unbeachtlich (Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; BGer 1C\_444/2015 vom 14.3.2016, E. 3.5, 1C\_821/825/2013 vom 30.3.2015, in URP 2015 S. 301, E. 6.5.2; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 72 mit weiteren Hinweisen; Hans W. Stutz, Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, in URP 2012 S. 90 ff., S. 102 und 107). Die übergangsrechtlichen Uferstreifen sollen gewährleisten, dass nach dem Inkrafttreten des revidierten Gewässerschutzrechts bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums durch die Kantone keine unerwünschten neuen Anlagen errichtet werden (BGE 140 II 428 E. 2.3, 139 II 470 E. 4.2). Ihnen kommt insoweit die Funktion einer Planungszone zu (BGE 140 II 437 E. 6.2).

**2.2** Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf die kantonale Ausführungsgesetzgebung zum Gewässerraum (Art. 5b WBG) und namentlich auf die Übergangsbestimmung dazu (Art. T1-1 WBG). Danach legen die Gemeinden den Gewässerraum innerhalb der bundesrechtlichen Frist fest. Bei

Fliessgewässern gilt bis zum Ablauf derselben die Festlegung des geschützten Uferbereichs nach bisherigem kantonalem Recht weiter, wenn diese Festlegung in der Ortsplanung grundeigentümerverbindlich verankert und nach dem 1. September 2009 durch die zuständige Stelle der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) genehmigt worden ist, oder vor dem 1. September 2009 durch die zuständige Stelle der JGK genehmigt worden ist und materiell dem nach diesem Datum geltenden kantonalen Recht zum geschützten Uferbereich entspricht. Im Übrigen gilt das Übergangsrecht des Bundes (Art. T1-1 Abs. 2 WBG). Die BVE sei zu Unrecht zum Schluss gekommen, dass die Gemeinde nicht über eine kommunale Festlegung des geschützten Uferbereichs verfüge, die diesen Anforderungen genüge. Folglich sei Art. 13 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde Kandersteg vom 29. April 2010 (GBR; vom Kanton genehmigt am 25.3.2011), wonach Bauten einen Gewässerabstand von 8 m einzuhalten hätten, weiterhin massgebend.

**2.3** Nach dem Gesagten richtet sich die Breite des Uferstreifens Übergangsrechtlich nach Bundesrecht. Kantonale (und kommunale) Vorschriften, die dieser Regelung widersprechen, sind bundesrechtswidrig. Art. T1-1 WBG entfaltet daher keine Wirkung, soweit damit die Regeln gemäss Abs. 2 ÜB GSchV unterlaufen würden. – Aus den Akten ist zwar nicht ersichtlich, wie breit die bestehende Gerinnesohle der Kander ist. Das Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA) scheint aber von einer Gerinnesohle von 10 m Breite ausgegangen zu sein; es hielt in seinem Amtsbericht fest, der (übergangsrechtliche) Gewässerraum an der Kander betrage im Bereich des Vorhabens beidseitig 18 m ab der Mittelwasserlinie (act. 3B pag. 43). Davon ist auch die Vorinstanz ausgegangen. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden zwar, dass im Bericht des TBA nicht dargelegt werde, wie der Uferstreifen berechnet worden sei, machen aber nicht geltend, die Gerinnesohle der Kander sei schmaler. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, da ein Bauabstand von 8 m ab der hinteren Böschung des Kanderdamms so oder anders dem Bundesrecht widerspricht. Das Bauvorhaben liegt somit im (übergangsrechtlichen) Gewässerraum gemäss Abs. 2 ÜB GSchV.

### 3.

**3.1** Im Gewässerraum dürfen nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen erstellt werden. Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde ausserdem in dicht überbauten Gebieten zonenkonforme Anlagen bewilligen (Art. 41c Abs. 1 Bst. a GSchV). Dass das Mehrfamilienhaus in der WG 2 zwar zonenkonform, im Gewässerraum aber keine standortgebundene Baute wäre, ist zu Recht nicht bestritten. Zu prüfen ist daher, ob mit den Beschwerdeführerinnen davon auszugehen ist, dass eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann, weil das Gebäude in dicht überbautem Gebiet liegen würde.

**3.2** Der Begriff «dicht überbautes Gebiet» ist ein Begriff der GSchV und damit des Bundesrechts, der bundesweit einheitlich auszulegen ist (BGE 140 II 437 E. 5, 140 II 428 E. 7; BGer 1C\_444/2015 vom 14.3.2016, E 3.6.1). Er wird nicht nur in Art. 41c Abs. 1 GSchV verwendet, sondern auch in Art. 41a Abs. 4 und Art. 41b Abs. 3 GSchV im Zusammenhang mit der planerischen Festlegung des Gewässerraums. Da eine sachgerechte Planung einen genügend gross gewählten Perimeter voraussetzt, umfasst dieser, zumindest in kleineren Gemeinden, in der Regel das gesamte Gemeindegebiet. Der Fokus liegt dabei auf dem Land entlang des Gewässers und nicht auf dem Siedlungs- oder Baugebiet als Ganzem (BGE 140 II 428 E. 7; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 89). Allerdings darf das Hauptaugenmerk nicht auf das Baugrundstück und die unmittelbar angrenzenden Parzellen gerichtet werden, sondern muss mit Blick auf die bestehende Baustruktur des Gemeindegebiets eine Gesamtbetrachtung angestellt werden (BGE 140 II 437 E. 5.1; BGer 1C\_444/2015 vom 14.3.2016, E 3.6.2). Der Verordnungsgeber wollte eine Anpassung des Gewässerraums bzw. Ausnahmegewilligungen im Einzelfall vorab in dicht überbauten städtischen Quartieren und Dorfzentren zulassen, die (wie Basel und Zürich) von Flüssen durchquert werden. In solchen Gebieten sollen die raumplanerisch erwünschte städtebauliche Verdichtung und die Siedlungsentwicklung nach innen ermöglicht sowie Baulücken geschlossen werden können. Dagegen besteht in peripheren Gebieten, die an ein Fließgewässer angrenzen, regelmässig kein überwiegendes Interesse an einer verdichteten Überbauung des Gewässerraums. Hier muss daher der minimale

Raumbedarf des Gewässers gemäss Art. 41a Abs. 2 und Art. 41b Abs. 1 GSchV respektiert und von nicht standortgebundenen Anlagen freigehalten werden. Der Ordnungsgeber hat mit dem Begriff «dicht überbaut» zum Ausdruck gebracht, dass eine «weitgehende» Überbauung (wie in Art. 36 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700]) nicht genügt (vgl. BGer 1C\_8/2016 vom 18.1.2016, E. 3.4). Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 36a GSchG als indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «Lebendiges Gewässer» konzipiert wurde. Der Rückzug der Initiative erfolgte nach Annahme des Gesetzes, aber vor Erlass der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen. Vor diesem Hintergrund ist der Begriff des «dicht überbauten Gebiets», der Ausnahmen vom Grundsatz des Schutzes und der extensiven Nutzung des Gewässerraums gemäss Art. 36a GSchG erlaubt, restriktiv auszulegen (BGE 140 II 428 E. 7; BGer 1C\_473/2015 vom 22.3.2016, E. 5.2; vgl. auch Merkblatt des Bundesamts für Raumentwicklung [ARE] und des Bundesamts für Umwelt [BAFU] vom 18.1.2013 zur Anwendung des Begriffs «dicht überbaute Gebiete» der Gewässerschutzverordnung [nachfolgend: Merkblatt], S. 3; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 77). Nach dem Merkblatt können Zentrums- oder Kernzonen, d.h. Ortsteile mit zentrumsbildender Funktion zur Wohn-, Arbeits-, öffentlicher oder Konsum-Nutzung, einen Hinweis für dicht überbautes Gebiet geben. Das Gleiche gilt für Entwicklungsschwerpunkte, deren Nutzungsdichte diejenige ihres Umfelds typischerweise übersteigt. Hinweise für nicht dicht überbautes Gebiet sind hingegen bedeutende Grünräume oder Gewässerabschnitte von besonderer ökologischer oder landschaftlicher Bedeutung (Merkblatt, S. 4 f.). Nicht entscheidend ist, ob das Gewässer verbaut ist und die Aufwertungsmöglichkeiten beschränkt sind, da mit dem Gewässerraum der Raumbedarf langfristig sichergestellt werden soll. Diese Aspekte sind bei der Interessenabwägung einzubeziehen, nicht hingegen bei der Frage, ob es sich tatsächlich um dicht überbautes Gebiet handelt (BGE 140 II 428 E. 8.1; Christophe Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 88).

**3.3** Die EG Kandersteg mit einer Fläche von 134 km<sup>2</sup> hat gut 1'300 Einwohnerinnen und Einwohner (<http://www.gemeindekandersteg.ch/portraet>). Das Siedlungsgebiet konzentriert sich im Wesentlichen auf das Dorf Kandersteg. Ansonsten ist das Gemeindegebiet bergig und höchstens

dünn besiedelt. Es erscheint daher richtig, das Dorf als Betrachtungsperimeter zu wählen, wie dies bereits die Vorinstanz erwog. Dieses ist keine kompakte Siedlung, sondern eine lockere Bebauung mit grosszügigen Grünräumen. Die Quartiere liegen mehrheitlich entlang der östlich der Bahnlinie sowie der Kander verlaufenden Dorfstrasse und den von ihr abzweigenden Wegen. Der Dorfkern, in dem die Zentrumsfunktionen gebündelt sind (Kirche, Post, Läden, Banken, Tourismusbüro usw.), befindet sich östlich des Bahnhofs. Die Kander verläuft im hier interessierenden Bereich zwischen der Bahnlinie und der Dorfstrasse. Mit Ausnahme des Dorfkerns befindet sich die Siedlung mehrheitlich östlich der Kander. Die Bauparzelle liegt rund 400 m Luftlinie südlich des Dorfzentrums, zwischen Bahnlinie und Kander. Sie ist bereits mit einem Wohnhaus überbaut. Südlich davon befinden sich auf dieser Seite der Kander fünf weitere Grundstücke in der Wohn- und Gewerbezone, von welchen vier nicht überbaut sind. Nördlich schliessen das mit einem Mehrfamilienhaus überbaute Grundstück Nr. 2\_\_\_ der Beschwerdegegnerin sowie bis zur Eishalle weitere, je mit einem Wohnhaus bebaute, Parzellen an. Auf der anderen Seite der Kander bietet sich ein vergleichbares Bild. Die Parzelle der Beschwerdeführerinnen liegt nach dem Gesagten weder im Dorfzentrum noch in dicht überbautem Gebiet, sondern in einem locker bebauten Bereich mit viel Grünraum. Es kann auch nicht von einer Baulücke gesprochen werden, deren Schliessung im Sinn einer inneren Verdichtung angezeigt wäre (vgl. dazu Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 94 ff.). Dass offenbar Pläne bestehen, die südlich der Parzelle der Beschwerdeführerinnen liegenden Grundstücke zu überbauen, ändert daran nichts; im Gegenteil zeigt dies gerade, dass das Gebiet nicht (dicht) überbaut ist und die gewässerschutzrechtlichen Anliegen noch berücksichtigt werden können. Selbst wenn der Bereich weitgehend überbaut wäre, läge damit noch keine dichte Überbauung im Sinn der Gewässerschutzgesetzgebung vor. Ebenso wenig ist entscheidend, dass die Kander verbaut ist und keine konkreten Revitalisierungsprojekte vorliegen, soll der Gewässerraum doch langfristig sichergestellt werden können (vorne E. 3.2). Am Gesagten ändert schliesslich nichts, dass das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) die Frage, ob das Gebiet dicht überbaut ist, im Baubewilligungsverfahren noch anders beurteilt hat. Wie bereits die BVE ausgeführt hat, ist die Grundvoraus-

setzung für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Bst. a GSchV nicht erfüllt und erübrigt sich eine Interessenabwägung.

**3.4** Daran ändert nichts, wenn den Beschwerdeführerinnen offenbar im Zusammenhang mit der Kanderverbauung zugesichert worden ist, der Gewässerabstand von 8 m werde beibehalten. Wie sie zwar richtig vorbringen, verleiht der Grundsatz von Treu und Glauben einer Person Anspruch darauf, dass ihr berechtigtes Vertrauen in eine behördliche Zusicherung geschützt wird. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Die Zusicherung der Gemeinde konnte sich indes von vornherein nur auf ihren eigenen Zuständigkeitsbereich beziehen und nicht auf den Bestand von Bundesrecht (BGE 131 II 627 E. 6.1, 126 II 377 E. 3a; statt vieler Tschannen/Zimmerli/Müller, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 N. 15 und 19 mit Hinweisen). Hinzu kommt, dass die Übergangsbestimmungen zum Gewässerraum sogar auf zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens bereits hängige Verfahren Anwendung finden (BGE 139 II 470 E. 4.2; 1C\_444/2016 vom 14.3.2016, E. 3.5; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 71); erst recht sind sie daher hier zu berücksichtigen, waren die neuen Vorschriften im Zeitpunkt des Baugesuchs doch längstens in Kraft. Die Beschwerde ist folglich unbegründet und abzuweisen.

#### **4.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen und werden kostenpflichtig. Das Gleiche gilt für die Gemeinde, welche die Gutheissung der Beschwerde beantragt hat. Ihr sind indes keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die Beschwerdeführerinnen haben daher die gesamten Verfahrenskosten unter solidarischer Haftbarkeit zu tragen (Art. 108 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 VRPG; vgl. BVR 2015 S. 541 E. 8.1; Praxisfestlegung der erweiterten Abteilungskonferenz vom 24.3.2015). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'000.--, werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - den Beschwerdeführerinnen
  - der Beschwerdegegnerin
  - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
  - der Einwohnergemeinde Kandersteg
  - dem Bundesamt für Umwelt

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.