

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 11. Oktober 2024

Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Abteilungspräsidentin
Verwaltungsrichter Häusler, Verwaltungsrichterin Herzog,
Verwaltungsrichterin Steinmann, Verwaltungsrichter Tissot
Gerichtsschreiber Tschumi

1. **A.** _____
2. **B.** _____
beide vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführer

gegen

D. _____ **AG**
handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Rechtsanwalt und Notar ...
Beschwerdegegnerin 1

Einwohnergemeinde Frutigen
Bauverwaltung, Vordorfstrasse 1, 3714 Frutigen
Beschwerdegegnerin 2

und

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern
Rechtsamt, Reiterstrasse 11, 3013 Bern



betreffend Baubewilligung; Neubau zweier Mehrfamilienhäuser mit Einstellhalle und Autolift (Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 5. Oktober 2022; BVD 110/2022/40)

Prozessgeschichte:

A.

Die D. _____ & Co. stellte am 23. Dezember 2020 bei der Einwohnergemeinde (EG) Frutigen ein Baugesuch für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern mit einer gemeinsamen unterirdischen Einstellhalle und einem Autolift auf der Parzelle Frutigen Gbbl. Nr. 1 _____, die rund ein halbes Jahr zuvor vom Gemeinderat im Rahmen der geringfügigen Zonenplanänderung « ... » von der Landwirtschaftszone in die kommunale Erhaltungszone umgezont worden war. Heute grenzt die Parzelle im Nordwesten, Norden und Osten an das Grundstück Frutigen Gbbl. Nr. 2 _____, das in der Landwirtschaftszone liegt, sowie im Südwesten an das mit einem Wohngebäude und einer Remise überbaute Grundstück Frutigen Gbbl. Nr. 3 _____, das in der Erhaltungszone liegt. Entlang der südlichen Parzellengrenze verläuft das E. _____ gässli (Parzelle Frutigen Gbbl. Nr. 4 _____). Die geplanten Mehrfamilienhäuser sollen gemäss den Bauplänen in einem Abstand von 2,5 m (Haus A) bzw. 0,76 m (Haus B) zur nördlichen Parzellen- bzw. Bauzonengrenze errichtet und der Autolift sowie die Einstellhalle (teilweise) direkt an diese herangebaut werden. Strassenmässig erschlossen werden soll das Bauvorhaben über eine Grundstückszufahrt ab dem E. _____ gässli. Nachdem die D. _____ & Co. am 1. Juli 2021 eine Projektänderung eingereicht hatte, die neben verschiedenen Projektanpassungen eine neue Ausweichstelle entlang des E. _____ gässli vorsah, erteilte die Regierungsstatthalterin des Verwaltungskreises Frutigen-Niedersimmental mit Gesamtentscheid vom 7. Februar 2022 die Baubewilligung. Gleichzeitig wies sie die von A. _____, B. _____ und weiteren Anwohnerinnen bzw. Anwohnern erhobenen Einsprachen ab. A. _____ und B. _____ sind je Eigentümer eines westlich (Parzelle Nr. 5 _____)

bzw. südlich (Parzelle Nr. 6 _____) der Bauparzelle gelegenen Grundstücks.

B.

Gegen diesen Gesamtentscheid erhoben A. _____ und B. _____ am 10. März 2022 gemeinsam Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD). Diese stellte fest, dass die C. _____ AG anstelle der aus dem Handelsregister gelöschten D. _____ & Co. in den Prozess eingetreten ist und hiess die Beschwerde mit Entscheid vom 5. Oktober 2022 insofern gut, als sie die Baubewilligung mit einer Auflage ergänzte (vorgängige Genehmigung des Baustelleninstallationsplans und der Angaben bezüglich des Baustellenverkehrs). Im Übrigen wies sie die Beschwerde ab und bestätigte den Gesamtentscheid.

C.

Dagegen haben A. _____ und B. _____ am 7. November 2022 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Baubewilligung zu verweigern sei.

Die D. _____ AG teilt mit Beschwerdeantwort vom 9. Dezember 2022 mit, dass sie (und nicht die C. _____ AG) Rechtsnachfolgerin der D. _____ & Co. ist, und beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen (Rechtsbegehren [RB] 1); eventuell sei die Angelegenheit zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die neue Ausweichstelle an die Vorinstanz zurückzuweisen (RB 2). Die BVD schliesst mit Vernehmlassung vom 1. Dezember 2022 unter Verweis auf ihren Entscheid auf Beschwerdeabweisung. Die EG Frutigen verweist in ihrer Stellungnahme vom 23. November 2022 auf die Entscheide der Vorinstanzen und stellt sinngemäss den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen. In der Folge haben die D. _____ AG am 25. Januar 2023 und A. _____ sowie B. _____ am 23. August 2023 weitere Unterlagen eingereicht. Zu letzteren hat sich die D. _____ AG am 25. September 2023 geäussert.

Am 9. Oktober 2023 hat die EG Frutigen mitgeteilt, sie habe unterdessen eine Fläche von 53 m² der Parzelle Nr. 1_____ zu Gunsten der Strassenparzelle Nr. 4_____ erworben, damit die Ausweichstelle erstellt und die Strasse verbreitert werden könne. Dazu haben A._____ und B._____ sowie die D._____ AG mit Eingaben vom 6. bzw. 7. November 2023 Stellung bezogen. Ausserdem haben sich Erstere am 15. November und 14. Dezember 2023 und Letztere am 4. Dezember 2023 ein weiteres Mal zur geplanten Ausweichstelle bzw. Erschliessung geäussert.

Auf Einladung des Instruktionsrichters haben die D._____ AG am 27. Februar 2024 und A._____, B._____ sowie die EG Frutigen am 28. Februar 2024 zur Frage Stellung genommen, ob der in Art. 12 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 des Dekrets vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13) vorgesehene Bauzonengrenzabstand von 3 m im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt. Die D._____ AG hat dabei für den Fall, dass von einer Unterschreitung dieses Grenzabstands auszugehen wäre, ihre Rechtsbegehren um die folgenden Anträge ergänzt: Eventuell sei die Sache zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Zonengrenzabstands an die Vorinstanz zurückzuweisen (RB 3); subeventuell sei das Verfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss eines noch durchzuführenden Verfahrens um geringfügige Änderung des Nutzungsplans zur Erweiterung der Bauzone zu sistieren (RB 4); subsubeventuell sei die Baubewilligung unter der Bedingung zu erteilen, dass die Nutzungsplanänderung vor Baubeginn rechtskräftig erfolgt ist und die Grenzabstände dadurch eingehalten werden (RB 5). Die BVD und die Regierungsstatthalterin haben sich nicht geäussert.

Am 25. März 2024 haben A._____ und B._____ sowie die EG Frutigen ein weiteres Mal schriftlich Stellung genommen. Die D._____ AG hat mit Eingabe vom 9. August 2024 ergänzende Bemerkungen und Unterlagen eingereicht.

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. Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist befugt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 79 Abs. 1 VRPG, vgl. auch Art. 40 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 und Art. 35 Abs. 2 Bst. a des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Beschwerdeführer haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind als Eigentümer der Grundstücke Frutigen Gbbl. Nrn. 5_____ und 6_____, die in unmittelbarer Nachbarschaft zum geplanten Bauvorhaben liegen, auch materiell beschwert. Sie sind daher zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt. Da die Bestimmungen über Form und Frist (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG). Da die Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung ist, urteilt es in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

2.

2.1 Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer sind aufgrund der Eigentumsgarantie (Art. 26 der Bundesverfassung [BV; SR 101], Art. 24 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]) befugt, ihren Boden für die Erstellung von Bauten und Anlagen grundsätzlich frei zu nutzen. Die sog. Baufreiheit gilt allerdings nur innerhalb der Vorschriften, die der Gesetzgeber über die Nutzung des Grundeigentums erlassen hat. Entsprechende Beschränkungen müssen als Grundrechtseingriffe die Voraussetzungen von

Art. 28 KV bzw. Art. 36 BV erfüllen (BGE 145 I 156 E. 4.1; BVR 2016 S. 402 E. 7.1; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I/II, 5. Aufl. 2020/2024, Art. 2 N. 1). Das Baurecht kennt solche gesetzlichen Einschränkungen insbesondere in der Gestalt von Bauabständen, die zum Schutz von unterschiedlichen öffentlichen und privaten Interessen eingehalten werden müssen. Ein Grundstück kann deshalb in der Regel nicht vollständig überbaut werden. Baurechtliche Mindestabstände bestehen unter anderem gegenüber Nachbargrundstücken (Parzellengrenzabstände), aber auch gegenüber Zonengrenzen (Zonengrenzabstände), wobei diese beiden Bauabstände unterschiedliche Zwecke erfüllen: Die Hauptbedeutung der *Parzellengrenzabstände* liegt darin, dass sie die rechtsgleiche Behandlung benachbarter Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer sichern, indem sie bewirken, dass der Gebäudeabstand gleichmässig aufgeteilt und nicht die oder der zuerst Bauende bevorzugt wird. In der Regel steht es den Nachbarinnen und Nachbarn daher frei, unter sich den Grenzabstand abweichend zu vereinbaren (sog. Näherbau; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 70 N. 13). *Zonengrenzabstände* sollen dagegen gewährleisten, dass sich die Errichtung von Bauten und Anlagen nicht nachteilig auf die angrenzenden Nutzungszonen auswirkt. Anders als die Parzellengrenzabstände können sie nicht durch privatrechtliche Vereinbarungen abgeändert werden (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 7; Urs Eymann, Das Näherbaurecht, in KPG-Bulletin 2/2015 S. 52 ff., insb. 53; betreffend den Zonengrenzabstand gegenüber der Landwirtschaftszone vgl. auch BGE 145 I 156 E. 5.1, in ZBI 2019 S. 155 mit Bemerkungen von Arnold Marti, S. 162 ff., insb. 164).

2.2 Gemäss Art. 12 Abs. 2 BauG sind im Kanton Bern für die Parzellengrenzabstände die Vorschriften der Gemeinden massgebend. Das Baureglement der EG Frutigen vom 28. November 2010 (nachfolgend: GBR) sieht diesbezüglich in Art. 231 Abs. 4 vor, dass in der hier interessierenden Erhaltungszone gegenüber Nachbargrundstücken allseitig ein Grenzabstand von 3 m einzuhalten ist, wobei für bis zu 1,2 m hohe sowie für unterirdische Bauten nach Art. 212 Abs. 4 Bst. c GBR ein Abstand von 1 m bis zur Grundstücksgrenze gilt. Zu den Zonengrenzabständen äussern sich dagegen weder das BauG noch das GBR.

2.3 Gemäss Art. 70 Abs. 1 BauG stellt das NBRD eine kantonale Ersatzordnung für Gemeinden mit einfachen Verhältnissen dar, die von der Pflicht zur Ortsplanung dispensiert sind (Art. 67 Abs. 1 BauG). Das NBRD legt insbesondere die minimalen Grenz- und Gebäudeabstände sowie die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen des Näherbaus fest (Art. 70 Abs. 2 Bst. d BauG). Nach Art. 70 Abs. 3 BauG kommen dessen Bestimmungen zudem immer dann als ergänzendes Recht zur Anwendung, wenn das Baureglement einer Gemeinde einen baurechtlich wesentlichen Sachverhalt nicht oder nur lückenhaft ordnet, sofern das NBRD eine den Verhältnissen der Gemeinde angemessene Regelung enthält (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 NBRD). In allen diesen Fällen gilt das NBRD als Bestandteil der kommunalen baurechtlichen Grundordnung mit entsprechender Rechtskraft (Art. 57 Abs. 2 BauG; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 70 N. 1 und 26 ff.). Es sieht seit dem 1. April 2017 in Art. 12 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 vor, dass Bauten, die das massgebende Terrain überragen, gegenüber der Bauzonengrenze einen Bauabstand von 3 m bzw. 6 m (besonnte Längsseite) einzuhalten haben (vgl. Änderung des NBRD vom 9.6.2016, BAG 17-009, Ziff. II).

3.

3.1 Es ist unter den Parteien unbestritten, dass sowohl der Parzellengrenzabstand gemäss Art. 231 Abs. 4 GBR als auch der Zonengrenzabstand gemäss Art. 12 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 NBRD gegenüber der nördlichen Grenze des Baugrundstücks 3 m beträgt. Die Verfahrensbeteiligten sind sich denn auch darin einig, dass die beiden nahe der nördlichen Bauparzellengrenze geplanten Wohnhäuser und der direkt an der Parzellengrenze vorgesehene Autolift beide Abstände unterschreiten. Streitig ist hingegen, ob der Zonengrenzabstand gemäss NBRD im vorliegenden Fall überhaupt Anwendung findet. Die Regierungsstatthalterin hat sich im Baubewilligungsverfahren dazu nicht geäussert, sondern lediglich geprüft, ob die Parzellengrenzabstände eingehalten sind. Im Gesamterscheid erwog sie dazu, dass sowohl die geplanten Wohnhäuser als auch der Autolift und die unterirdische Einstellhalle den Bauabstand von 3 m gegenüber der nördlichen Parzellengrenze unterschreiten würden. Dies stehe der Baubewilligung jedoch nicht entgegen, weil die Beschwerdegegnerin 1 ein

Näher- und Grenzbaurecht mit dem Grundeigentümer der Parzelle Nr. 2_____ vereinbart habe (Gesamtentscheid vom 7.2.2022 Ziff. II.6 S. 4; Vorakten RSA 5C pag. 248 ff., 251). Im vorinstanzlichen Verfahren waren die Bauabstände nicht mehr umstritten. Die BVD hat sich im angefochtenen Entscheid nicht dazu geäußert. Von der Gelegenheit, sich zu der in der Verfahrensinstruktion unterbreiteten Frage der Anwendbarkeit des Zonengrenzabstands des NBRD zu äussern, haben weder die Regierungsrätin noch die BVD Gebrauch gemacht (vgl. vorne Bst. C).

3.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, es sei unbestritten, dass die Wohnbauten den Parzellengrenzabstand gegenüber dem Grundstück Frutigen Gbbl. Nr. 2_____ unterschreiten würden und der Autolift sogar direkt an die Grenze zur Landwirtschaftszone gebaut werden solle. Hinsichtlich der Zonengrenzabstände seien die Gemeinden zwar grundsätzlich frei, eigene Bauabstände festzulegen. Davon habe die EG Frutigen jedoch keinen Gebrauch gemacht, weshalb gemäss Art. 12 Abs. 5 NBRD gegenüber der Bauzonengrenze die Abstände nach Art. 12 Abs. 1 NBRD gälten. Diese Abstände könnten nicht mit Näherbaurechten unterschritten werden, weshalb grössere Bauten selbst dann nicht direkt an die Zonengrenze gebaut werden dürften, wenn die Nachbarschaft damit einverstanden sei. Die Baubewilligung sei deshalb zu verweigern (Eingaben vom 28.2.2024 [act. 32] S. 1 f. und vom 25.3.2024 [act. 34] S. 1 ff.).

3.3 Die Beschwerdegegnerin 1 ist dagegen der Ansicht, der kommunale Gesetzgeber habe die Frage des Zonengrenzabstands beim Erlass des Baureglements nicht übersehen; vielmehr habe er bewusst auf einen Grenzabstand zur Landwirtschaftszone verzichten wollen, um eine bessere Ausnutzung der Baulandparzellen zu ermöglichen und eine verdichtete Bauweise im Sinn der übergeordneten Baugesetzgebung zu fördern. Verschiedene kommunale Bauentscheide zeigten denn auch auf, dass die Gemeinde in ständiger Praxis auf die Einhaltung eines solchen Abstands verzichte. Es liege insofern ein qualifiziertes Schweigen vor und bestehe keine gesetzgeberische Lücke, die mit dispositivem kantonalem Recht bzw. dem NBRD zu füllen wäre. Davon zeugten auch weitere Gebäude in der unmittelbaren Umgebung, die den geforderten Grenzabstand unzweifelhaft nicht einhiel-

ten. Von dieser «Stossrichtung» sei auch die Einzonung der heutigen Bauparzelle geprägt gewesen. Ihr Ziel habe darin bestanden, die bislang in der Landwirtschaftszone befindliche ehemalige Gärtnerei neu einer ordentlichen Bauzone zuzuweisen und damit die öffentlich-rechtlichen Grundlagen für eine bessere Nutzung der Parzellen zu schaffen. Gleichzeitig sollte nicht mehr landwirtschaftliche Fläche der Bauzone zugewiesen werden als nötig. Ein Verzicht auf einen Zonengrenzabstand führe deshalb letztlich zur Schonung der landwirtschaftlichen Nutzflächen und nicht zu deren Beeinträchtigung. In den Unterlagen zur Einzonung der Parzelle Nr. 1 _____ sei auch nie von einem Bauabstand gegenüber der Nichtbauzone die Rede gewesen. Es seien dort lediglich die Abstände gegenüber den Nachbargrundstücken behandelt worden. Der Zonengrenzabstand betrage somit «0 m», womit das vorliegende Projekt sämtliche Vorschriften einhalte. Letztlich werde sich aber die Gemeinde selber darüber zu äussern haben, wie sie ihre gemeindeeigenen Normen verstanden haben wolle (Eingaben vom 27.2.2024 [act. 30] S. 3 f. und vom 9.8.2024 [act. 40] S. 1).

3.4 Die Gemeinde unterstützt den Standpunkt der Beschwerdegegnerin 1, wonach ihr Baureglement in Bezug auf die Zonengrenzabstände keine Lücke aufweise, weshalb Art. 12 Abs. 5 NBRD im vorliegenden Fall keine Anwendung finde. Das alte Baureglement aus dem Jahr 1998 habe noch einen allgemeinen Bauabstand zu den Zonengrenzen gekannt (Art. 23) und auch das aktuelle GBR sehe vor, dass in der Arbeitszone 1 zu anderen Zonen ein Grenzabstand einzuhalten sei (Art. 212 Abs. 1). Um eine hohe Ausnützung der Bauparzellen gegenüber nicht bebautem Gebiet zu ermöglichen, habe der kommunale Gesetzgeber dagegen bewusst darauf verzichtet, im GBR einen solchen Grenzabstand für die hier interessierende Erhaltungszone festzulegen. Sollten die Bauabstände des NBRD aber dennoch anzuwenden sein, sei sie gewillt, eine Lösung wie beispielsweise eine geringfügige Zonenplanänderung bzw. Einzonung zu prüfen (Stellungnahmen vom 28.2.2024 [act. 31] und vom 25.3.2024 [act. 36]).

3.5 Wie vorne in E. 2.3 dargelegt, setzt die Anwendung einer Bestimmung des NBRD als Ersatzvorschrift gemäss Art. 70 Abs. 3 BauG voraus, dass das kommunale Baureglement einen baurechtlich wesentlichen Sach-

verhalt nicht oder nicht ausreichend ordnet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass diejenigen Sachverhalte, die der Gesetzgeber im NBRD ausdrücklich geregelt und damit für Gemeinden mit einfachen Verhältnissen als angezeigt erachtet hat, in allen Gemeinden geregelt sein müssen und deshalb baurechtlich wesentlich sind (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 70 N. 26 Bst. a). Es besteht kein triftiger Grund, um bei der hier fraglichen Regelung des Abstands von Gebäuden zur Zonengrenze in Art. 12 Abs. 5 NBRD vom Gegenteil auszugehen, zumal der kantonale Gesetzgeber diese explizit zum Inhalt des NBRD erklärt hat (Art. 70 Abs. 2 Bst. d BauG; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 70 N. 18a). Zudem hat das Bundesgericht im Urteil BGE 145 I 156 (E. 6.3 ff.) klargestellt, dass sich bereits aus Art. 22 Abs. 2 Bst. a i.V.m. 16a des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) ergebe, dass grössere Bauten wie Wohnhäuser – soweit sie nicht einem landwirtschaftlichen Zweck dienen oder dafür keine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG erteilt werden könne – grundsätzlich nicht direkt oder ganz nahe an der Grenze zur Landwirtschaftszone errichtet werden dürften, da sie meistens zu einer Inanspruchnahme des angrenzenden landwirtschaftlichen Kulturlands führten. Fehle es an kantonalen Mindestabständen, sei im Einzelfall zu ermitteln, wie weit eine Wohnbaute bzw. andere grössere Bauten von der Zonengrenze zurückzusetzen seien, sodass sie keine nennenswerten Auswirkungen auf die Landwirtschaftszone hätten. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung der Bauherrschaften wäre es deshalb wünschenswert, entsprechende kantonale bzw. kommunale Regelungen zu erlassen. Auch dies spricht dafür, dass es sich beim Zonengrenzabstand um einen baurechtlich wesentlichen Sachverhalt im Sinn von Art. 70 Abs. 3 BauG handelt und Art. 12 Abs. 5 NBRD entgegen der Beschwerdegegnerin 1 nicht bloss «dispositives Recht» darstellt (so auch Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 7, sowie Hinweise zu Art. 212 Abs. 5 im Musterbaureglement des Amtes für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern [AGR], Stand 12.7.2024, einsehbar unter: <www.dij.be.ch>, Rubriken «Raumplanung/Muster/Musterbaureglement [MBR]»).

3.6 Die Anwendung des NBRD als Ersatzordnung setzt nach Art. 70 Abs. 3 BauG weiter voraus, dass dieses eine den Verhältnissen der Gemeinde angemessene Regelung enthält (vgl. vorne E. 2.3; Zaugg/Ludwig,

a.a.O., Art. 70 N. 26). Dies trifft beim hier interessierenden Art. 12 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 NBRD zu, da der vorgesehene Zonengrenzabstand von 3 m im vorliegenden Fall grundsätzlich sinnvoll erscheint, zumal es vor allem darum geht, die Möglichkeit der Bewirtschaftung der Landwirtschaftsflächen sicherzustellen (so auch Arnold Marti, a.a.O., S. 164; vgl. etwa auch die geplante Regelung im Kanton Zürich § 263 Bst. a E-PBG gemäss Antrag des Regierungsrats Nr. 5889 vom 7.3.2023, wonach für oberirdische Gebäude gegenüber der Landwirtschaftszone ein genereller Bauabstand von 3,5 m gilt, einsehbar unter: <www.kantonsrat.zh.ch>, Rubriken «Geschäfte»). Ausserdem stimmt dieser Zonengrenzabstand mit dem Parzellengrenzabstand gemäss Art. 231 Abs. 4 GBR überein, wie dies auch im MBR empfohlen wird (vgl. Art. 212 Abs. 5) und in den Baureglementen verschiedener bernischer Gemeinden ausdrücklich vorgesehen ist (z.B. Art. 11 Abs. 5 des Baureglements der EG Wald vom 28. November 2019, Art. 4 Abs. 17 des Baureglements der EG Bolligen vom 15. September 2020, Art. 16 Abs. 1 des Baureglements der EG Belp vom 14. September 2006).

3.7 Ist die baurechtlich wesentliche Regelung von Art. 12 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 NBRD nach dem Gesagten zur Lückenfüllung geeignet, kommt sie gemäss Art. 70 Abs. 3 BauG somit auch beim vorliegenden Bauvorhaben als Ersatzregelung für die fehlende kommunale Vorschrift zum Zonengrenzabstand zur Anwendung. Anders als die Beschwerdegegnerin 1 und die Gemeinde meinen, steht dem nicht entgegen, dass der Gemeindegessetzgeber möglicherweise bewusst auf eine solche Regelung verzichtet hat und in ständiger Praxis keinen entsprechenden Abstand verlangt (vgl. ergänzende Bemerkungen der Beschwerdegegnerin 1 vom 9.8.2024). Denn das NBRD ist grundsätzlich auch dann zur Lückenfüllung heranzuziehen, wenn der Gemeindegessetzgeber über einen baurechtlich relevanten Sachverhalt, dessen Regelung unerlässlich ist, absichtlich keine solche erlassen hat (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 70 N. 26). Aus einem allfälligen qualifizierten Schweigen im Baureglement vermögen Beschwerdegegnerin 1 und Gemeinde folglich von vornherein nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Weil die Verpflichtung zur Einhaltung eines minimalen Zonengrenzabstands gemäss Art. 12 Abs. 5 NBRD im Übrigen die bestimmungsgemässe Nutzung eines Grundstücks in der Regel nicht stark erschwert, gilt die damit verbundene Einschränkung der Baufreiheit grundsätzlich nicht als schwerer Eingriff in die Eigentums-

garantie. Der auf Dekretsstufe erlassene Art. 12 Abs. 5 NBRD stellt – zusammen mit Abs. 1 – deshalb eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Grundrechtsbeschränkung im Sinn von Art. 36 Abs. 1 BV bzw. Art. 28 Abs. 1 KV dar (nach BGE 145 I 156 E. 4.2 genügt für Zonengrenzabstandsregelungen u.U. gar eine Grundlage auf Verordnungsstufe; vgl. zur Erlassform des Dekrets Nuspliger/Mäder, Bernisches Staatsrecht und Grundzüge des Verfassungsrechts der Kantone, 4. Aufl. 2012, S. 115 f.).

3.8 Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die geplanten Wohnbauten und der Autolift die massgeblichen Abstandsvorschriften von Art. 12 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 NBRD verletzen. Die vereinbarten Näherbaurechte vermögen daran nichts zu ändern, da durch sie die Zonengrenzabstände nicht unterschritten werden können (vorne E. 2.1). Die Vorinstanz hat die Baubewilligung somit zu Unrecht bestätigt. Ob mit Blick auf den Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 NBRD der Bau der unterirdischen Einstellhalle bis an die Zonengrenze bewilligt werden könnte, kann offenbleiben, zumal für die Einstellhalle keine Teilbaubewilligung beantragt worden ist (vgl. BVR 2016 S. 79 E. 4.7).

4.

4.1 Für den Fall, dass der Grenzabstand zur Landwirtschaftszone unterschritten sein sollte, verlangt die Beschwerdegegnerin 1 in ihrem Eventualstandpunkt gemäss RB 3, dass die Sache zur Erteilung einer Ausnahmebewilligung – gegebenenfalls auch nur für einzelne Bauteile (z.B. Haus A) – an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (vgl. vorne Bst. C; Eingabe vom 27.2.2024 [act. 30] Rz. 5 ff. S. 4 f.). Zur Begründung macht sie zunächst geltend, dass die Unterschreitung des Grenzabstands im vorliegenden Fall keinerlei negativen Auswirkungen auf die Nutzung der angrenzenden Landwirtschaftszone habe, da es dem Bewirtschafter nach wie vor unbenommen sei, sein Land bis zur Parzellengrenze zu bewirtschaften, andernfalls der Eigentümer der Parzelle Nr. 2 _____ einem Näher- und Grenzbaurecht wohl nicht zugestimmt hätte. Zudem habe sie ein gewichtiges Interesse an der Erteilung der Ausnahmebewilligung, weil die Parzelle Nr. 1 _____ mit ihrem Projekt sinnvoll bebaut und ausgenützt werden könne, um dereinst dringend benötigten Wohnraum für die wachsende Wohnbevölkerung von

Frutigen zu bieten. Müsste dagegen ein kleiner Grenzabstand von 3 m eingehalten werden, wäre das ganze Projekt in Frage gestellt. So müsste insbesondere der Autolift neu positioniert werden, was am jetzigen Standort unter Einhaltung eines Abstands von 3 m zur Grenze kaum realisierbar wäre, ohne dass das Haus B stark redimensioniert oder gar gänzlich weggelassen werden müsste. Dies wiederum würde sich negativ auf die geforderte Ausnützungsziffer der Parzelle auswirken.

4.2 Gemäss Art. 44 Abs. 3 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1) wird im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht auf nachträgliche Ausnahmegesuche nicht eingetreten; vorbehalten bleibt die Befugnis des Verwaltungsgerichts, das Ausnahmegesuch zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ein Rechtsanspruch auf Rückweisung besteht im Allgemeinen aber nicht; der Entscheid liegt in der Regel vielmehr im Ermessen des Gerichts. Eine Rückweisung ist von vornherein nur sinnvoll, wenn Aussicht oder zumindest die Möglichkeit besteht, dass das Ausnahmegesuch bewilligt werden kann (VGE 2016/269 vom 17.5.2018 E. 5.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 34/34a N. 13, Art. 32-32d N. 13b). Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob diese Voraussetzung hier gegeben ist.

4.3 Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG kann nur erteilt werden, sofern ein wichtiger Grund für die Abweichung von den Regelbauvorschriften besteht. Dies ist vorab beim Vorliegen objektiver Besonderheiten der Fall (z.B. Lage und Form der Parzelle, Beschaffenheit des Baugrundes, Art des Bauvorhabens, technische Besonderheiten der Nutzung). Grundsätzlich kommen alle wesentlichen Interessen der bauwilligen Person in Betracht, die sich auf Zweck, Umfang oder Gestaltung ihres Bauvorhabens beziehen und in den geltenden Vorschriften keine genügende Berücksichtigung finden. Es sollen aber nur ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten vermieden werden. Insofern rechtfertigt sich eine Ausnahmegewilligung nicht, wenn zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen. Der blosser Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung des Grundstücks oder einfach besserer Lösung stellt keinen Ausnahmegrund dar (BVR 2015 S. 425 E. 5.1 mit vielen Hinweisen; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4 f.).

4.4 Die Beschwerdegegnerin 1 beruft sich im Wesentlichen darauf, dass die Parzelle Nr. 1 _____ nur mit einer Ausnahme sinnvoll bebaut und ausgenutzt werden könne. Das Argument der besseren oder gar optimalen Ausnutzung kann jedoch immer vorgebracht werden und stellt nach dem Erwogenen keine objektive Besonderheit dar, welche die Erteilung einer Ausnahmebewilligung nach Art. 26 BauG rechtfertigen könnte. Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, weshalb der in der Gemeinde benötigte Wohnraum nur dann geschaffen werden könnte, wenn auf die Einhaltung des vorgeschriebenen Zonengrenzabstands verzichtet würde, zumal keine Anhaltspunkte bestehen, wonach in der Gemeinde nicht genügend Bauland verfügbar ist. Anders als die Beschwerdegegnerin 1 meint, ist deshalb kein wichtiger Grund erkennbar, der eine Unterschreitung des Zonengrenzabstands durch eine der Wohnbauten oder durch den Autolift zu rechtfertigen vermag.

4.5 Schliesslich kann entgegen ihrer Auffassung auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Bauvorhaben keinerlei Auswirkungen auf die Nutzung der angrenzenden Landwirtschaftszone hätte. Vielmehr muss aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung grundsätzlich damit gerechnet werden, dass das unmittelbare Umland von Wohnhäusern als Zirkulations- und Erholungsfläche der Hausbewohnerinnen und -bewohner genutzt wird (vgl. BGE 145 I 156 E. 6.4 f. sowie die Bemerkungen von Arnold Marti, a.a.O., S. 163; so auch Baurekursgericht des Kantons Zürich 18.12.2020, in BEZ 2021 Nr. 7 E. 4.3). Da die Nordfassade des Wohnhauses B zur Landwirtschaftszone bloss einen Abstand von 76 cm einhält, ist daher auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass es hier zumindest teilweise zu einer Ausweitung der Nutzung in die Landwirtschaftszone käme.

4.6 Somit besteht keine Aussicht auf die Bewilligung eines Ausnahmege-suchs zur Unterschreitung des Zonengrenzabstands, da nichts darauf hinweist, dass eine sinnvolle bzw. bestimmungsgemässe Nutzung des Baugrundstücks ohne Unterschreitung des Zonengrenzabstands unmöglich wäre. Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Einreichung eines Ausnahme-gesuchs fällt daher ausser Betracht.

5.

5.1 Die Beschwerdegegnerin 1 beruft sich im Weiteren darauf, dass die Gemeinde eine Nutzungsplanänderung in Aussicht gestellt habe, mit der ein Streifen des angrenzenden Landwirtschaftslands eingezont werde, sodass das umstrittene Bauvorhaben die Zonengrenzabstände einhalte (vgl. vorne E. 3.4). Sie beantragt insofern, entweder das Verfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss dieser Nutzungsplanänderung zu sistieren (RB 4) oder ihr die Baubewilligung unter der Bedingung zu erteilen, dass diese Nutzungsplanänderung vor Baubeginn rechtskräftig ist (RB 5; vgl. vorne Bst. C; Eingabe vom 27.2.2024 [act. 30] Rz. 9 ff. S. 5 f.).

5.2 Nach Art. 38 VRPG kann die instruierende Behörde von Amtes wegen oder auf Antrag das Verfahren einstellen, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn im andern Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist. Ein anderes Verfahren gibt einen Sistierungsgrund ab, wenn sein Ausgang für das interessierende Verfahren von präjudizieller Bedeutung ist (BVR 2003 S. 433 E. 3.1; vgl. Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 38 N. 5). Eine Sistierung kommt aus Gründen der Prozessökonomie zudem in Betracht, wenn eine Rechtsänderung kurz bevorsteht, die für den Verfahrensausgang wesentlich ist. Neue Vorschriften müssen aber beschlossen oder zumindest öffentlich aufgelegt worden sein, um eine Einstellung zu rechtfertigen; vage Aussichten auf eine Rechtsänderung genügen dagegen nicht (Michel Daum, a.a.O., Art. 38 N. 17 mit Praxishinweisen). Im vorliegenden Fall hat die Gemeinde zwar erklärt, dass sie – «falls nötig» – gewillt wäre, eine entsprechende geringfügige Zonenplanänderung «zu prüfen» (vorne E. 3.4). Sie hat aber weder eine solche beschlossen noch ein entsprechendes Verfahren eingeleitet oder öffentlich bekanntgemacht. Unter diesen Umständen liegen nur vage Aussichten auf eine Rechtsänderung vor, unter deren Berücksichtigung das Bauvorhaben bewilligt werden könnte. Folglich besteht kein ausreichender Grund für die Einstellung des Verfahrens, weshalb der Sistierungsantrag abzuweisen ist.

5.3 Gemäss Art. 38 Abs. 3 BauG können mit der Baubewilligung Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Sie kommen grundsätzlich nur bei Bauvorhaben in Betracht, die je nach ihrer näheren Gestaltung oder Einrichtung oder je nach der Art der Nutzung oder Betriebsführung sowohl gesetzeskonform als auch gesetzwidrig sein können. Sie sind hier das Mittel, um die gesetzwidrigen Auswirkungen zu verhindern. Insoweit stellen sie gegenüber dem Bauabschlag das mildere Mittel dar. Wenn jedoch ein Bauvorhaben – wie das hier umstrittene – den aktuell geltenden gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht, kann der Mangel grundsätzlich nicht mit Bedingungen oder Auflagen «geheilt» werden. Es bedarf dazu entweder einer Projektänderung oder einer Ausnahmegewilligung (BVR 2018 S. 341 E. 4.7, 2012 S. 74 E. 4.3.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 38/39 N. 15a Bst. b und c). Zwar gilt diese Regel nicht absolut und ist die Erteilung der Baubewilligung bei vorschriftswidrigen Baugesuchen unter Nebenbestimmungen denkbar, wenn ein untergeordneter rechtlicher Mangel dadurch behoben werden kann, indem bei der Ausführung des Bauvorhabens eine geringfügige, eindeutig bestimmbare Änderung oder Ergänzung vorgenommen wird (BVR 2012 S. 74 E. 4.3.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 38-39 N. 15 und 15a Bst. b). Solches steht hier jedoch nicht zur Diskussion, geht es doch vielmehr um eine allfällige Zonenplanänderung und nicht um eine (geringfügige) Anpassung eines Bauvorhabens. Ausser Betracht fällt somit auch die Erteilung der Baubewilligung unter der Bedingung, dass die Nutzungsplanänderung vor Baubeginn zu erfolgen habe.

6.

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Baubewilligung zu verweigern ist. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die von den Beschwerdeführern ebenfalls kritisierte Ausweichstelle und die strassenmässige Erschliessung insgesamt den gesetzlichen Anforderungen genügen (Beschwerde Ziff. III.11 ff. S. 14 ff.). Die in diesem Zusammenhang von den Beschwerdeführern gestellten Beweisanträge (Durchführung eines Augenscheins, Einholung eines unabhängigen Fachberichts bei einem Verkehrsingenieurbüro) werden deshalb abgewiesen (Beschwerde Ziff. III.18 S. 19). Nicht geprüft

werden muss ausserdem die von der Beschwerdegegnerin 1 mit dem RB 2 angebehrte Ausnahmegewilligung für die Ausweichstelle, weil das Bauvorhaben aus anderen Gründen nicht bewilligt werden kann.

7.

7.1 Bei diesem Prozessausgang unterliegen die Beschwerdegegnerin 1 wie auch die Gemeinde, die sich durch das Stellen eines Antrags als Partei am Verfahren beteiligt hat (Praxisfestlegung der erweiterten Abteilungskonferenz vom 27.2.2023, Ziff. I und II/2). Entsprechend haben beide grundsätzlich je die Hälfte der Verfahrenskosten zu tragen. Allerdings können der Gemeinde keine Kosten auferlegt werden, weil sie nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Nach der bisherigen Praxis wurde der Kostenanteil des Gemeinwesens, der nicht erhoben werden konnte, den übrigen unterliegenden Parteien auferlegt. Seit der Revision des VRPG vom 13. September 2022 (in Kraft seit 1.4.2023; BAG 23-019) ist dies indessen nicht mehr zulässig (Art. 108 Abs. 2a VRPG) und die bisherige Praxis des Verwaltungsgerichts damit überholt. Da sich die Übergangsbestimmung T2-1 ausschliesslich auf die Änderungen von Art. 104 Abs. 3 und 4 VRPG bezieht, ist Art. 108 Abs. 2a VRPG als Verfahrensbestimmung entsprechend den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sofort anwendbar und auch hier zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen Michel Daum, Teilrevision 2023 des bernischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, in BVR 2023 S. 286 ff., 296 f. mit Hinweis). Folglich ist nur die Hälfte der Verfahrenskosten zu erheben. Gleiches gilt für die Kosten des Verfahrens vor der Vorinstanz (vgl. VGE 2021/383 vom 13.7.2023 E. 8.2), zumal die Rechtsänderung einen sachlichen Grund darstellt, nicht an der überholten Praxis festzuhalten, und für die Beschwerdegegnerin 1 und die Gemeinde keine Nachteile entstehen (vgl. zu den Voraussetzungen einer Praxisänderung Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 589 ff.; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 23 N. 516 ff.).

7.2 Die Beschwerdegegnerin 1 und die Gemeinde haben den Beschwerdeführern die vor dem Verwaltungsgericht angefallenen Parteikosten je hälftig zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Gemäss Art. 41 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer macht mit Kostennote vom 21. Mai 2024 (act. 38 und 38A) für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 8'040.-- zuzüglich Auslagen von Fr. 400.-- sowie Fr. 658.25 Mehrwertsteuer (MWSt) geltend. Dies erscheint nach den genannten Kriterien als überhöht. Es mag zwar zutreffen, dass der Zeitaufwand für das vorliegende Verfahren leicht überdurchschnittlich war. Allerdings war dessen Schwierigkeit bloss durchschnittlich. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Parteikostenersatz von pauschal Fr. 7'000.-- (inkl. Auslagen und MWSt) als angemessen. Im vorinstanzlichen Verfahren waren die Beschwerdeführer nicht anwaltlich vertreten, weshalb für dieses keine Parteikosten zu sprechen sind (Art. 108 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Der Antrag der Beschwerdegegnerin 1 auf Sistierung des Verfahrens wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 5. Oktober 2022 aufgehoben. Die Baubewilligung wird verweigert.

3. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'500.--, werden zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'750.--, der Beschwerdegegnerin 1 auferlegt. Die verbleibenden Verfahrenskosten werden nicht erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- wird den Beschwerdeführern nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.
- b) Die Beschwerdegegnerin 1 und die Einwohnergemeinde Frutigen haben den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 7'000.-- (inkl. Auslagen und MWSt), je zur Hälfte, ausmachend je Fr. 3'500.-- (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. a) Die Kosten des Verfahrens vor der Bau- und Verkehrsdirektion von Fr. 2'200.-- werden zur Hälfte, ausmachend Fr. 1'100.--, der Beschwerdegegnerin 1 auferlegt. Die verbleibenden Verfahrenskosten werden nicht erhoben.
- b) Parteikosten für das Verfahren vor der Bau- und Verkehrsdirektion werden keine gesprochen.
5. Zu eröffnen:
- Beschwerdeführer (mit der Eingabe der Beschwerdegegnerin 1 vom 9.8.2024)
 - Beschwerdegegnerin 1
 - Beschwerdegegnerin 2 (mit der Eingabe der Beschwerdegegnerin 1 vom 9.8.2024)
 - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (mit der Eingabe der Beschwerdegegnerin 1 vom 9.8.2024)
 - Bundesamt für Raumentwicklung
- und mitzuteilen:
- Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern
 - Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental

Die Abteilungspräsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung 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.