

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2019/36

Bern, 16. Oktober 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführer 1

B. _____
Beschwerdeführer 2

alle vertreten durch C. _____

und

D. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 1

E. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Saanen, Bauverwaltung, Schönriedstrasse 8,
3792 Saanen

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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Saanen vom
24. Januar 2019 (Baugesuch Nr. 2018-130; Sanierung und Asphaltierung
Erschliessungsstrasse "J. _____") sowie die Verfügung des Amtes für Gemeinden und
Raumordnung (AGR) vom 17. Dezember 2018 (G.-Nr. 2018.JGK.3892)

I. Sachverhalt

1. Anfangs Mai 2018 stellte die Gemeinde fest, dass die Zufahrtsstrasse "J._____" auf den Parzellen Saanen Grundbuchblatt Nrn. F._____, G._____ und H._____ (I._____strasse) ohne Baubewilligung asphaltiert wurde. Die Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. F._____ befindet sich im Eigentum des Beschwerdeführers 1, Eigentümerin der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. G._____ ist die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 1 und die Parzelle Grundbuchblatt Nr. H._____ gehört der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 2. Nachdem dem Beschwerdeführer 1 sowie der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 1 das rechtliche Gehör gewährt wurde, forderte die Gemeinde diese beiden mit Wiederherstellungsverfügung vom 6. September 2018 auf, die widerrechtliche Teerung und die Kofferung auf ihren Parzellen bis spätestens 15. November 2018 vollständig auszubauen und den Bewirtschaftungsweg auf seine ursprüngliche Breite zu reduzieren. Für den Fall der Nichtbefolgung drohte die Gemeinde die Ersatzvornahme an. Mit Schreiben vom 17. September 2018 stelle die Gemeinde die Kosten für die Wiederherstellungsverfügung von insgesamt Fr. 300.00 dem Beschwerdeführer 2 als Verursacher in Rechnung.

Die Beschwerdeführer reichten am 12. Oktober 2018 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein für die Sanierung und Asphaltierung der Erschliessungsstrasse "J._____" auf den Parzellen Saanen Grundbuchblatt Nrn. F._____, G._____ und H._____. Die Parzellen liegen in der Landwirtschaftszone. Die betroffene Strecke ist Teil eines Wanderwegs gemäss FWG¹, welcher im kantonalen Sachplan Wanderrouthenetz enthalten ist. Mit Verfügung vom 17. Dezember 2018 verweigerte das AGR sowohl eine Bewilligung des Vorhabens nach Art. 16a RPG² (Zonenkonformität) als auch eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 ff. RPG. Auf eine Publikation des Vorhabens wurde verzichtet. Gestützt auf die negative Verfügung des AGR erteilte die Gemeinde mit Gesamtentscheid vom 24. Januar 2019 den Bauabschlag. Gleichzeitig verfügte sie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wie folgt:

"Auf Saanen GBB Nr. F._____, G._____ und H._____, K._____strasse, ist

- die widerrechtliche Teerung vollständig auszubauen
- die Kofferung vollständig auszubauen
- der Bewirtschaftungsweg auf seine ursprüngliche Breite zu reduzieren respektive den ursprünglich bewilligten Zustand wiederherzustellen.

¹ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über Fuss- und Wanderwege (FWG; SR 704).

² Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

- Für die Wiederherstellungsarbeiten wird eine Frist bis spätestens am 30.06.2019 eingeräumt.
- Der Abschluss der Wiederherstellungsarbeiten ist der Bauverwaltung Saanen zur Kontrolle zu melden.
- Wird der Wiederherstellung innert der gesetzten Frist nicht vollständig und vorschriftsgemäss nachgekommen, wird die Gemeinde ohne weitere Verfügungen zur Ersatzvornahme schreiten, d.h. auf Kosten der Bauherrschaft die Wiederherstellungsarbeiten selber ausführen oder durch Dritte ausführen lassen (Art. 47 BauG³)."

2. Gegen diesen Entscheid reichten die Beschwerdeführer am 27. Februar 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellen folgende Anträge:

- "1. Der Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung, Baugesuch Nr. 2018-130, der Einwohnergemeinde Saanen vom 24. Januar 2019 sei aufzuheben.
2. Die Verfügung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung, Geschäfts-Nr. 2018.JGK.3892, vom 17. Dezember 2018 sei aufzuheben.
3. Die Angelegenheit sei zur Durchführung des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens sowie zum allfälligen Entscheid über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an das Regierungsstatthalteramt Obersimmental-Saanen zurückzuweisen.
4. Eventualiter: Für das Baugesuch Nr. 2018-130 vom 3. Oktober 2018 betreffend die Sanierung und Asphaltierung Erschliessungsstrasse "J. _____" sei die Baubewilligung zu erteilen.
5. Subeventualiter: Auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sei zu verzichten."
6. Subsubeventualiter: Es sei insofern auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verzichten, als der Ausbau der Kofferrung und die Reduktion des Bewirtschaftungswegs auf seine ursprüngliche Breite verlangt wird.
7. Den Beschwerdeführern 1 und 2 seien keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.
8. Den Beschwerdeführern 1 und 2 sei eine angemessene Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren gemäss nachzureichender Honorar- und Kostennote durch die Einwohnergemeinde Saanen und/oder durch den Kanton Bern (AGR) auszurichten.
9. Den Beschwerdeführern sei Akteneinsicht in die vollständigen und zu edierenden Verfahrensakten der Einwohnergemeinde Saanen sowie des Amtes für Gemeinden und Raumordnung zu gewähren."

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁴, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 4. April 2019 die Abweisung der Beschwerde. Mit dieser Stellungnahme leitete die Gemeinde sodann eine Eingabe der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 1 vom 10. März 2019 an das Rechtsamt der BVE weiter, in welcher diese zur Beschwerde Stellung nimmt. Sie führt darin aus, dass sie mit der Asphaltierung ihres Landes nicht einverstanden sei und ihr Einverständnis dafür von der Bauherrschaft nie eingeholt worden sei. Mit Stellungnahme vom 5. April 2019 stellt das AGR den Antrag auf Abweisung der Beschwerde. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2 liess sich nicht vernehmen.

4. Mit Verfügung vom 18. April 2019 stellte das Rechtsamt die Vorakten dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer zwecks Einsicht zur Verfügung. Mit Fachbericht vom 29. Mai 2019 nahm die Fachstelle Hochbau und Bodenrecht des Amts für Landwirtschaft und Natur des Kantons Bern (LANAT) zum umstrittenen Vorhaben Stellung. Am 18. Juni 2019 führte das Rechtsamt im Beisein der Verfahrensbeteiligten sowie einer Vertretung des LANAT, des Tiefbauamts Oberingenieurkreis I (TBA OIK I) und der Berner Wanderwege einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Die Beteiligten erhielten Gelegenheit, sich zum Augenscheinprotokoll inkl. Fotodokumentation zu äussern. Am 12. Juli 2019 reichte das TBA OIK I unaufgefordert einen Fachbericht ein. Darin kam es zum Schluss, die Baubewilligung könne unter Bedingungen und Auflagen bewilligt werden. Unter Ziffer 3 "Bedingungen" führte es dabei Folgendes aus:

"Das Vorhaben ist im Sinne dieser Bedingungen und Auflagen nur bewilligungsfähig, wenn ein gleichwertiger Ersatz realisiert werden kann. Einer Asphaltierung bis zum letzten Stein (Steinblöcke am Wegrand) könnten wir ohne Ersatz zustimmen. Als Ersatz erachten wir die Verlegung von heutigen Hartbelagsstrecken auf Naturbelag oder in Ausnahmefällen die Aufhebung von längeren Hartbelagsstrecken die nicht mehr netzrelevant sind. Wir weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Wanderwegstrecke L._____ aus Sicht der Berner Wanderwege einer solchen Strecke entspricht. Die Aufhebung dieser Strecke könnte als Ersatz geltend gemacht werden. Derselbe Vorschlag wurde auch schon von der Weggenossenschaft Q._____ für den Einbau von Betonspurelementen im Gebiet R._____ gemacht. Da es sich um eine sehr lange Hartbelagsstrecke handelt, könnte diese als Ersatz für beide Projekte dienen. Für eine Aufhebung der Wegstrecke bedarf es jedoch der Zustimmung der Gemeinde Saanen."

⁴ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

Von der danach gewährten Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme zum Ergebnis des Beweisverfahrens machten einzig die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 29. August 2019 Gebrauch.

5. Auf die Rechtsschriften, die Fachberichte des LANAT und des TBA OIK I sowie auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Bauabschlag mit einer Wiederherstellungsverfügung nach Art. 46 BauG, der aufgrund eines nachträglichen Baugesuchs ergangen ist. Dieser Gesamtentscheid im Sinne von Art. 9 KoG⁵ kann laut Art. 11 Abs. 1 KoG – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide – und mit ihnen zusammen die weiteren Verfügungen nach Art. 9 Abs. 2 Bst. b KoG wie jene des AGR – sowie baupolizeiliche Verfügungen können nach Art. 40 und Art. 49 Abs. 1 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführer sind als Adressaten des Bauabschlags sowie der baupolizeilichen Verfügung durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 40 Abs. 2 BauG und Art. 65 Abs. 1 VRPG⁶). Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

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

⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

2. Zuständige Baubewilligungsbehörde

a) Die Beschwerdeführer bringen vor, die Gemeinde sei für die Beurteilung des Vorhabens nicht zuständig. Bei der umstrittenen Zufahrtsstrasse handle es sich um einen Wanderweg nach kantonalem Sachplan Wanderrouthenetz und gemäss Hinweis im kommunalen Richtplan. Bauvorhaben, welche Wanderwege betreffen, würden in der Zuständigkeit des Regierungsstatthalteramts liegen.

b) Nach Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD⁷ ist die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter in jedem Fall zuständig für die Beurteilung von Bauvorhaben, die für Zwecke der Gemeinde bestimmt sind. Art. 8 Abs. 2 BewD ist weit auszulegen, da er bezweckt, die institutionelle Unbefangenheit der Gemeinde als Baubewilligungsbehörde zu gewährleisten. Der Anschein, die Gemeinde entscheide in eigener Sache, soll verhindert werden. Diese Bestimmung ist daher nicht nur anwendbar, wenn die Gemeinde als Baugesuchstellerin auftritt bzw. wenn es um Bauvorhaben wie Schulhäuser, Verwaltungsgebäude, Erschliessungsstrassen, öffentliche Parkplätze und dergleichen geht. Er greift auch, wenn die Gemeinde an einem Vorhaben ein so starkes Interesse hat, dass ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheint. Das ist zum Beispiel der Fall bei Bauvorhaben Dritter auf gemeindeeigenem Boden oder wenn die Gemeinde sonst wie aus der Bewilligung direkte finanzielle Vorteile zieht, beispielsweise wenn sie aufgrund des Vorhabens Konzessionsgebühren für die Nutzung des öffentlichen Grundes erheben kann. Demgegenüber schliessen bloss indirekte Vorteile wie beispielsweise der Erhalt von Arbeitsplätzen die Zuständigkeit der Gemeinde nicht aus.⁸

c) Der umstrittene Weg ist nicht nur Zufahrtsstrasse zum Gebäude an der K._____strasse, sondern auch Teil eines Wanderwegs gemäss kantonalem Sachplan Wanderrouthenetz (Kategorie Bergwanderweg, Hauptwanderoute mit Naturbelag). Auch im kommunalen Richtplan Nr. S._____ ist er als kantonaler Wanderweg eingetragen. Auf der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. F._____ und damit auf einem Grossteil der umstrittenen Route ist der Weg als Dienstbarkeit ("öffentlicher Fuss- und Wanderweg") zugunsten der Einwohnergemeinde Saanen eingetragen. Für den Bau und Unterhalt von öffentlichen Fuss- und Wanderwegen im Sinne des FWG sind zwar die Gemeinden

⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 33 N. 3, mit weiteren Hinweisen.

zuständig (Art. 44 Abs. 2 SG). Beim vorliegenden Bauvorhaben geht es aber nicht um den Bau und Unterhalt eines Wanderwegs; vielmehr wurde eine Strasse zwecks besserer Erschliessung asphaltiert. Das Bauvorhaben betrifft den Wanderweg nur insofern, als die Erschliessungsstrasse auf derselben Strecke verläuft. Dieser Umstand bedeutet aber nicht, dass das Bauvorhaben für Zwecke der Gemeinde bestimmt wäre oder diese daran ein so starkes Interesse haben könnte, dass ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheint. Aus der blossen Zuständigkeit der Gemeinde für den Bau und den Unterhalt von Wanderwegen lässt sich kein direktes bzw. so starkes Interesse ihrerseits an der Verhinderung eines Eingriffs an einem Wanderweg ableiten, welches sie für die Beurteilung des vorliegenden Bauvorhabens als befangen erscheinen lassen müsste. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass sich das Vorhaben in der Landwirtschaftszone befindet und die Baubewilligungsbehörde daher an den Entscheid des AGR gebunden ist (Art. 25 Abs. 2 RPG⁹, Art. 84 BauG). Entsprechend hatte die Gemeinde ohnehin keinen Spielraum und musste gestützt auf die negative Verfügung des AGR vom 17. Dezember 2018 den Bauabschlag erteilen.

d) Zusammenfassend geht es bei der umstrittenen Sanierung und Asphaltierung der Erschliessungsstrasse nicht um den Bau und Unterhalt eines Wanderwegs. Die Gemeinde hat daher kein direktes eigenes Interesse am umstrittenen Bauvorhaben. Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD gelangt nicht zur Anwendung, weshalb die Gemeinde zuständige Baubewilligungsbehörde ist.

3. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz habe ihnen trotz ausdrücklichem Antrag zu keinem Zeitpunkt Akteneinsicht gewährt. Zentrale Aktenstücke wie die Stellungnahmen des AGR vom 15. August 2018 und 31. Oktober 2018 oder die Verfügung des AGR vom 17. Dezember 2018 seien ihr vor Erlass der Verfügungen nicht unterbreitet worden. Die Gemeinde habe sodann die Begründungspflicht verletzt. Der Verweis auf die Verfügung des AGR möge der Begründungspflicht in Bezug auf den verfükten Bauabschlag vielleicht noch gerade zu genügen. Betreffend öffentliche Interessen an der Wiederherstellung und deren Verhältnismässigkeit reiche die Begründung der Gemeinde jedoch definitiv nicht aus.

⁹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

Die Vorinstanz habe sich an keiner Stelle mit den von ihnen gegen die Wiederherstellung vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt. Schliesslich habe der Vertreter des AGR die Situation im Rahmen seiner Ferien unter Ausschluss der Gemeinde und der Parteien besichtigt. Ein solch informeller und geheimer Augenschein verletze die Mitwirkungsrechte der Parteien gemäss Art. 22 VRPG.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG 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 entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der in ihrer Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.¹⁰

Gemäss Art. 22 VRPG sind die Parteien berechtigt, an Instruktionsverhandlungen und amtlichen Augenscheinen teilzunehmen, Personenbefragungen beizuwohnen und um Beantwortung von Ergänzungsfragen zu ersuchen.

c) Die Beschwerdeführer haben bereits in ihrer Eingabe vom 12. Oktober 2018 um Einsicht in die vollständigen Verfahrensakten ersucht. Indem die Vorinstanz diesem Anliegen nicht nachgekommen ist und den Beschwerdeführern etwa die Stellungnahme des AGR vom 31. Oktober 2018 nie zustellte, hat sie den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführer verletzt. Im Zusammenhang mit der Wiederherstellungsanordnung vermag der angefochtene Entscheid sodann den Anforderungen an die Begründungspflicht nicht zu genügen. So hat die Gemeinde den Rückbau angeordnet, ohne sich in den Erwägungen zu den Voraussetzungen einer Wiederstellung (öffentliches Interesse,

¹⁰ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5

Verhältnismässigkeit, keine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes) zu äussern. Die Gemeinde ist daher diesbezüglich ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen und hat den Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör verletzt.

d) Aus der Stellungnahme des AGR vom 15. August 2018 ergibt sich, dass der Vertreter des AGR die in dieser Stellungnahme gemachten Feststellungen auf eine kurze Vorbeifahrt im Zuge der Ferien am 2. August 2018 vor Ort und die Prüfung der Unterlagen abstützt. Diese Ortsbesichtigung durch den Vertreter des AGR verletzt das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer nicht: Diese Besichtigung war nicht entscheidrelevant, da sich in den Vorakten auch Fotos der umstrittenen Strasse im ausgebauten Zustand befinden. Von einer Ungleichbehandlung der Beteiligten kann weiter nicht gesprochen werden, hat doch niemand der Verfahrensbeteiligten einseitig an dieser Ortsbesichtigung teilgenommen. Schliesslich handelt es sich bei einer Ortsbesichtigung durch eine Fachbehörde nicht um einen Augenschein im Sinne von Art. 22 VRPG, weshalb sie dafür die Parteien nicht beiziehen muss.¹¹ Gleiches kann vorliegend auch für das AGR gelten, auch wenn diesem bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone die Entscheidkompetenz zukommt. Die Besichtigung wurde nicht durch die Gemeinde als Leitbehörde des Baubewilligungsverfahrens durchgeführt.

e) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung jedoch eine Heilung grundsätzlich aus.¹²

Gemäss Art. 40 Abs. 3 BauG kommt der BVE als Beschwerdeinstanz die volle Überprüfungsbefugnis zu. Es ist nicht ersichtlich, dass den Beschwerdeführern durch die Heilung der Gehörsverletzung ein Nachteil erwachsen würde. Das Rechtsamt gewährte den Beschwerdeführern mit Verfügung vom 18. April 2019 Einsicht in die vollständigen Verfahrensakten der Vorinstanz und des AGR. Die ungenügende Begründung des angefochtenen Entscheids wird durch den vorliegenden Entscheid geheilt, mit welchem die

¹¹ VGE 2017/351 vom 14. November 2018, E. 7.5.2.

¹² BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdeführer ausführlich geprüft wird. Damit haben die Beschwerdeführer ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können; ihnen ist durch die Verfahrensmängel kein Nachteil entstanden. Die im Baubewilligungsverfahren begangene Gehörsverletzung ist jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹³

4. Eröffnung des Entscheids

a) Die Beschwerdeführer erachten die Eröffnung des angefochtenen Entscheids als mangelhaft. Dieser sei lediglich ihnen eröffnet worden. Den übrigen betroffenen Grundeigentümern der Parzellen Saanen Grundbuchblatt Nrn. G._____ und H._____ sei dieser lediglich in Kopie zur Kenntnis gebracht worden.

b) Die Wiederherstellungsverfügung ist gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG an den jeweiligen Grundeigentümer bzw. Baurechtsinhaber zu richten. Wenn – wie vorliegend in der Person des Beschwerdeführers 2 – ein weiterer Verhaltensstörer vorhanden ist, so empfiehlt es sich, die Verfügung auch an diesen zu richten. Der umstrittene Weg, welcher gemäss der Wiederherstellungsanordnung in den ursprünglichen Zustand zurückzubauen ist, verläuft zwar zu grossen Teilen auf der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. F._____ im Eigentum des Beschwerdeführers 1. Er befindet sich aber auch auf den Parzellen Saanen Grundbuchblatt Nrn. G._____ und H._____. Der Entscheid mit Wiederherstellungsanordnung hätte daher auch den Grundeigentümern dieser Parzellen eröffnet werden müssen; die blosser Zustellung einer Kopie mit gewöhnlicher Post reichte nicht aus. Dieser Eröffnungsmangel konnte im Verfahren vor der BVE jedoch ebenfalls geheilt werden, da die beiden Grundeigentümer dieser Parzellen von Amtes wegen am Verfahren beteiligt wurden und der vorliegende Entscheid auch diesen eröffnet wird.

5. Zonenkonformität des Weges

a) Das AGR führt in seiner Verfügung vom 17. Dezember 2018 sowie in der Stellungnahme vom 5. April 2019 aus, die Belagsänderung der bestehenden

¹³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16 mit Hinweisen.

Erschliessungsanlage in der Landwirtschaftszone könne nicht als zonenkonform im Sinne von Art. 16a RPG bewilligt werden. Der vormals bestehende, nicht befestigte Weg erfülle die landwirtschaftlichen Anforderungen in gleicher Weise. Gemäss bernischer Praxis genüge für die landwirtschaftliche Nutzung eine unbefestigte Zufahrt. Vorliegend handle es sich nicht um eine Hofzufahrt, sondern um eine Zufahrt zu einer Scheune. Die Erschliessung diene in erster Linie als Zufahrt zur Skischule sowie zum Gastronomiebetrieb, weshalb diese Strasse nicht zu einem überwiegenden Teil zu landwirtschaftlichen Zwecken benutzt werde. Eine bloss subjektive Notwendigkeit der Asphaltierung (für die Beschwerdeführer und Anrainer) reiche schliesslich nicht aus.

b) Die Beschwerdeführer bringen vor, die Sanierung und Asphaltierung der Erschliessungsstrasse sei zonenkonform im Sinne Art. 16a RPG. Die umstrittene Strasse werde zu einem überwiegenden Teil als Zufahrt für die Remise und den Einstellraum des landwirtschaftlichen Betriebs des Beschwerdeführers 1 und dessen Sohn und damit zu landwirtschaftlichen Zwecken benutzt. Hartbelagsvarianten seien in der Landwirtschaftszone nicht per se nicht zonenkonform. Der kantonalen Bewilligungsbehörde stünde bei der Beurteilung ein gewisser Ermessensspielraum zu. Das AGR sei vorliegend zu streng. Die objektive Notwendigkeit der Sanierung und Asphaltierung des Weges für die landwirtschaftliche Nutzung werde seitens des AGR zu Unrecht verneint. Der Standort unter einer beschneiten Piste und in unmittelbarer Nähe zum Flachmoor sowie die damit verbundene Durchfeuchtung des Bodens seien für Naturbeläge gänzlich ungeeignet. Der Flurweg befinde sich in einem bedenklichen Zustand und habe zu erheblichen Beeinträchtigungen und Verunreinigungen der Nachbarparzellen geführt. Die teilweise Verbreiterung erfolge als Anpassung an den Fuhrpark des Beschwerdeführers 1 und es handle sich daher nicht um eine Frage der Bequemlichkeit sondern um eine Frage der Verkehrssicherheit. In der Eingabe vom 29. August 2019 ergänzten die Beschwerdeführer, der Augenschein habe gezeigt, dass die Liegenschaft intensiv landwirtschaftlich genutzt werde. Die Remise werde als Ersatz für die Garage gebraucht, weil am Betriebsstandort zu wenig Platz bestehe, um landwirtschaftliche Fahrzeuge einzulagern. Abgesehen vom Winter würden sie den Weg häufig, wenn nicht sogar täglich befahren und die benutzten Fahrzeuge würden mit fünf bis sechs Tonnen weit mehr wiegen als ein herkömmliches Auto.

c) In der Landwirtschaftszone zonenkonform sind Bauten und Anlagen, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind

(Art. 16a Abs. 1 Satz 1 RPG). Diese Anforderungen präzisiert Art. 34 RPV¹⁴. Danach sind unter anderem Bauten und Anlagen zonenkonform, die der bodenabhängigen Bewirtschaftung dienen, namentlich der Produktion verwertbarer Erzeugnisse aus Pflanzenbau und Nutztierhaltung (Art. 34 Abs. 1 Bst. a RPV). Die Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (Art. 34 Abs. 4 Bst. a RPV), ihr am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 34 Abs. 4 Bst. b RPV) und der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Art. 34 Abs. 4 Bst. c RPV).

In der Landwirtschaftszone sind auch Bauten und Anlagen zonenkonform, die der Erschliessung landwirtschaftlicher Liegenschaften dienen. Weganlagen sind dann zonenkonform, wenn sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zum Landwirtschaftsbetrieb stehen und falls sie in ihrer konkreten Ausgestaltung am vorgesehenen Standort notwendig und nicht überdimensioniert sind. Die betriebliche Notwendigkeit ist nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Bezugspunkt der Beurteilung bildet stets die in Frage stehende landwirtschaftliche Bewirtschaftung. Es geht mit anderen Worten um eine betriebsbezogene Betrachtungsweise.¹⁵ Auch die Sanierung und Asphaltierung des vorliegend umstrittenen Weges kann damit unter dem Titel der Zonenkonformität nur bewilligt werden, wenn dies für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist.

d) Das Rechtsamt hat im Beschwerdeverfahren das LANAT beigezogen sowie einen Augenschein durchgeführt. Aufgrund der Angaben des LANAT im Fachbericht vom 29. Mai 2019 und aufgrund der Erkenntnisse am Augenschein vom 18. Juni 2019 lässt sich zum Betrieb des Beschwerdeführers 1 und seines Sohns sowie zu landwirtschaftlichen Nutzung des Gebäudes an der K._____ und der umstrittenen Zufahrtsstrasse Folgendes festhalten:

Der Beschwerdeführer 1 führt einen Milchwirtschaftsbetrieb mit einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von 29.97 Hektaren (ha) sowie 9.89 ha Wald. Der Betrieb weist eine Betriebsgrösse von 2.280 Standardarbeitskräften (SAK) auf und verfügt über 30.97 Grossvieheinheiten (GVE). Die Tiere werden in einer Betriebsgemeinschaft mit seinem Sohn zusammen gehalten. Der Sohn führt einen Pachtbetrieb mit einer landwirtschaftlichen

¹⁴ Raumplanungsverordnung des Bundesrates vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

¹⁵ Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. 16a N. 21 f.

Nutzfläche von 12.29 ha Land und 2.10 ha Wald sowie einer Betriebsgrösse von 0.879 SAK. Er hält rund 15.45 GVE. Die bewirtschaftete Fläche beim Gebäude an der K._____ umfasst mit den Grundstücken Saanen Grundbuchblatt Nrn. F._____ und M._____ 5.84 ha.

Die landwirtschaftliche Nutzung des Gebäudes an der K._____ beschränkt sich auf die Remise im nordwestlichen Teil des Gebäudes, welche dem landwirtschaftlichen Betrieb als Einstellraum dient. Gemäss Aussagen des Beschwerdeführers 1 werden in der Remise verschiedene landwirtschaftliche Geräte und die landwirtschaftlichen Fahrzeuge abgestellt, da er am Betriebsstandort am N._____weg aufgrund der Erweiterung des Laufstalls keinen Platz mehr habe. Im Sommer seien in der Remise in der Regel ein Traktor, ein Transporter und ein Schnellmäher stationiert, im Winter allenfalls noch ein zweiter Traktor. Vor dem Haus stünden zudem zwei Anhänger. Stroh werde nicht gelagert.¹⁶

Die umstrittene Zufahrtsstrasse wird vom Beschwerdeführer 1 und seinem Sohn im Winter aufgrund der überquerenden Piste nicht genutzt. Während der restlichen Jahreszeiten würden die landwirtschaftlichen Fahrzeuge gemäss Beschwerdeführer 1 nahezu täglich gebraucht und der Weg damit regelmässig befahren. Der Traktor mit einem Anhänger sei in etwa 3 m breit und wiege rund 4 Tonnen. Jedes Fahrzeug sei zudem mit Doppelrädern ausgestattet, was die Fahrt auf steilem Gelände sicherer mache.¹⁷ Auf die Frage, wieso für diese landwirtschaftlichen Fahrten eine asphaltierte Strasse nötig sei, führte der Beschwerdeführer 1 anlässlich des Augenscheins aus, eine solche sei dem ehemaligen Grundeigentümer der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. O._____ versprochen worden. Eine asphaltierte Strasse bringe den Vorteil mit sich, dass nach der Wäsche die Maschinen sauber blieben und kein Dreck auf den umliegenden Strassen verteilt werde. Zudem werde im Herbst bei Beginn der Beschneigung der Schnee nicht verdreckt. Hinzu komme, dass durch die Asphaltierung alles ausgeebnet sei und zügiger gefahren werden könne. Schliesslich reduziere sich die Staubentwicklung.¹⁸ Auf die Frage, ob der Kiesweg aus Sicht der Verkehrssicherheit ein Problem gewesen sei und ob von konkreten Problem berichtet werden könne, äusserte sich der Beschwerdeführer 1 wie folgt: im Bereich der Skipiste bleibe der Kunstschnee länger gefroren. Das Wasser laufe so nicht mehr ab und

¹⁶ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 4, Voten Beschwerdeführer 1 sowie Fotodokumentation, Fotos Nrn. 16 bis 20.

¹⁷ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 5 oben, Voten Beschwerdeführer 1.

¹⁸ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 5 unten, Votum Beschwerdeführer 1.

das Gras könne nicht geweidet werden. Das Wasser habe sich im Bereich des Weges gesammelt und zu Auswaschungen geführt. Durch das Befahren mit den Fahrzeugen sei der Kies in das umliegende Gras abgetragen worden. Ein asphaltierter Weg bringe den Vorteil, dass die feuchte Strasse nicht wie bis anhin abgetragen werde und die Fahrzeuge nicht verschmutzt würden. Zudem könne man zügiger fahren. Für die Bewirtschaftung sei eine asphaltierte Strasse von Vorteil.¹⁹ Die ausgeebnete und asphaltierte Strasse sei für ihn langfristig günstiger.²⁰ Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer ergänzte, obwohl eine gewisse Auswaschung von Wegen durch die landwirtschaftliche Nutzung geduldet werden müsse, übersteige diese im vorliegenden Fall das erträgliche Mass. So habe sich die Spur des früheren Kieswegs zu einem Bachbett entwickelt und dazu geführt, dass sowohl die Nachbarliegenschaft als auch die öffentliche Strasse bei Gewittern mit Wasser und Schlamm vollgespült worden sei.²¹

e) Im Fachbericht vom 29. Mai 2019 führte das LANAT in grundsätzlicher Weise aus, eine asphaltierte Zufahrt sei nur bei ausgewiesenem Bedarf im Zusammenhang mit der Erschliessung des landwirtschaftlichen Betriebszentrums gemäss Art. 16a RPG begründet. Für die Zufahrt zu Remisen und Einstellräumen könnten grundsätzlich zwei Fahrspuren mit begrüntem Mittelstreifen oder ein Kiesweg als objektiv notwendig beurteilt werden. Wenn es die örtlichen Verhältnisse erfordern (z.B. aufgrund der Topographie), könnten in Ausnahmefällen allenfalls Betonspuren als landwirtschaftlich nötig bezeichnet werden. Ein landwirtschaftlicher objektiver Bedarf für den Einbau eines vollflächigen Belages sei nur in den seltensten Fällen gegeben. Eine Asphaltierung der Erschliessungsstrasse "J. _____" sei aufgrund der ihr zur Verfügung gestellten Unterlagen aus ihrer Sicht nicht landwirtschaftlich begründet. Eine abschliessende Beurteilung sei aber sinnvollerweise im Zusammenhang mit dem Augenschein vor Ort vorzunehmen.

Anlässlich des Augenscheins vom 18. Juni 2019 präzisierte die Vertreterin des LANAT diese Ausführungen wie folgt: Es lasse sich grundsätzlich festhalten, dass die Anforderungen an eine Zufahrtsstrasse je nach Art und Nutzung des dadurch erschlossenen Gebäudes variere. Dabei liessen sich verschiedene Stufen unterscheiden. So sei für den Zugang zu einem Alpstall in der Regel ein begrünter Weg ausreichend. Gehe es – wie vorliegend – um die Erschliessung einer Remise, so sei bei flachem

¹⁹ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 6 oben, Votum Beschwerdeführer 1.

²⁰ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 7 unten, Votum Beschwerdeführer 1.

²¹ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 7 Mitte, Votum Rechtsanwalt.

Gelände ebenfalls ein begrünter Weg ausreichend, bei steiler Zufahrt könne höchstens ein Kiesweg mit begrüntem Mittelstreifen bewilligt werden. Eine Erschliessungsstrasse zu einem einfachen Stall, welcher eine gewisse Grösse aufweise und Tiere beherberge, rechtfertige allenfalls den Einbau von Betonspuren. Erst bei der Erschliessung eines Betriebszentrums komme eine vollflächige Asphaltierung in Frage. Gemäss der Vertreterin des LANAT lasse sich vorliegend klar festhalten, dass sich die vorgenommene Asphaltierung für den Zugang der Remise nicht landwirtschaftlich begründen lässt. Mit dem hier vorherrschenden Gefälle sei auch eine Spurlösung mit Beton- oder Asphaltspuren grundsätzlich nicht vertretbar. Der Kiesweg reiche für diese landwirtschaftliche Nutzung aus. Den zusätzlichen Faktor der von den Beschwerdeführern vorgebrachten, grossen Feuchtigkeit könne sie aber nicht beurteilen. Dies habe nichts mit der von ihnen vorzunehmenden Prüfung der landwirtschaftlichen Notwendigkeit zu tun.²²

f) Das Rechtsamt der BVE konnte sich anlässlich des Augenscheins vom 18. Juni 2019 einen eigenen Eindruck der Lage des Gebäudes an der K._____ und der Erschliessungsstrasse "J._____" inklusive Topographie verschaffen. Das Gebäude liegt leicht erhöht am Hang. Die Erschliessungsstrasse führt nach der Abzweigung im Bereich der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. O._____ mehr oder weniger gerade und leicht ansteigend zum betreffenden Gebäude, wobei zwischen der Abzweigung und dem Haus eine Höhendifferenz von rund 10 m besteht. Im Bereich der gemäss nachträglichem Baugesuch vorgenommenen, neuen Asphaltierung weist die Zufahrtsstrasse bis zum Haus eine leichte Querneigung auf (gemäss Baugesuchsplan zu Beginn des Weges zwischen 4.73 und 5.52 %, im oberen Abschnitt dann noch zwischen 1.64 und 3.52 %). Vor dem Gebäude (nordwestseitig) steigt die Zufahrt etwas steiler an und mündet in eine ansteigende Kurve bis zum Eingang der Remise, wobei dieser letzte Abschnitt nicht mehr asphaltiert ist. Südwestlich des Gebäudes führt ein steiler Abschnitt des Weges zum Vorplatzbereich des Restaurants.

Die landwirtschaftliche Nutzung des umstrittenen Weges beschränkt sich auf die im Zusammenhang mit dem Einstellraum für die landwirtschaftlichen Maschinen und Fahrzeuge stehenden Fahrten. Im Winter bleibt die Strasse unbenutzt, in den übrigen Jahreszeiten werden – was die Fahrzeuge anbelangt – ein Traktor, ein Transporter und ein Schnellmäher untergestellt sowie (vor dem Haus) zwei Anhänger stationiert. Diese

²² Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 6 unten und S. 7 oben, Voten Vertreterin LANAT.

Fahrzeuge werden in diesen Zeiten gemäss Aussagen des Beschwerdeführers 1 zwar häufig, wenn nicht sogar täglich genutzt, so dass die Strasse regelmässig befahren ist. Dennoch ist die Nutzung der Zufahrtsstrasse für den Landwirtschaftsbetrieb des Beschwerdeführers 1 und seines Sohnes nicht vergleichbar mit derjenigen einer Zufahrtsstrasse zu einem Stall mit Tieren, die mehrmals täglich versorgt werden müssen oder gar zu einem landwirtschaftlichen Betriebszentrum. Von einer intensiv beanspruchten Nutzung der Strasse durch den Landwirtschaftsbetrieb, wie dies die Beschwerdeführer behaupten, kann daher nicht gesprochen werden. Bereits dieser Umstand spricht – den Ausführungen des LANAT folgend – gegen die Zulässigkeit einer Asphaltierung.

Die Beschwerdeführer vermögen sodann auch keine tatsächliche und objektive Notwendigkeit für die Sanierung und Asphaltierung darzulegen. Vielmehr bringt der Beschwerdeführer 1 anlässlich des Augenscheins lediglich zum Ausdruck, dass eine asphaltierte Strasse gewisse Vorteile mit sich bringe (keine Verteilung von Dreck, reduzierte Staubentwicklung, keine Abtragung des Kiesel, kostengünstiger, schnelleres Fahren möglich). Solche Vorteile für die Landwirte oder die Nachbarn vermögen jedoch keine objektive Notwendigkeit einer Asphaltierung zu begründen. Der Hauptbeweggrund für die Asphaltierung scheint darin zu bestehen, dass man diese dem damaligen Grundeigentümer der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. O._____ versprochen hat.²³ Das Argument der Verkehrssicherheit, welches von den Beschwerdeführern in der Beschwerde vorgebracht wird, überzeugt sodann nicht. So konnte der Beschwerdeführer 1 anlässlich des Augenscheins auf Frage hin nicht näher begründen, wieso die bisherige unbefestigte und teilweise leicht schmalere Strasse aus Sicht der Verkehrssicherheit ein Problem gewesen sein soll; konkrete Vorkommnisse konnte er zudem keine nennen.²⁴ Die Zufahrtsstrasse ist sodann weder besonders steil noch kurvig, so dass diese mit den geländegängigen Landwirtschaftsfahrzeugen, welche gemäss Aussagen des Beschwerdeführers 1 alle mit Doppelrädern ausgestattet sind²⁵, auch mit einer Kiesunterlage problemlos befahren werden kann. Im Bereich des Gebäudes müssen die Landwirtschaftsfahrzeuge sodann nicht den steilen Anstieg zum Restaurant südwestlich des Gebäudes bewältigen. Die steilste Stelle des Weges zur Remise befindet sich auf der Nordostseite des Gebäudes. Dieser Anstieg zum Eingang der Remise in einer Kurvenlage ist jedoch nicht asphaltiert, was deutlich macht, dass selbst solche etwas steileren

²³ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 5 unten, Votum Beschwerdeführer 1.

²⁴ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 6 oben, Votum Beschwerdeführer 1.

²⁵ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 5 oben, Voten Beschwerdeführer 1.

Abschnitte von den verwendeten landwirtschaftlichen Fahrzeugen bewältigt werden können und entsprechend eine Asphaltierung der deutlich flacheren Zufahrt bis zu dieser Stelle aus landwirtschaftlicher Sicht nicht nötig ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Baugrund im Bereich der Zufahrtstrasse gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführer aufgrund des Kunstschnees der darüber führenden Piste, des moorigen Bodens und des starken Wasserabflusses durch Hangwasser stark durchfeuchtet ist. Der feuchtere Boden und das dem Weg entlang ablaufende Wasser mögen zwar zu stärkeren Auswaschungen und beim Befahren mit den Fahrzeugen zu stärkeren Abtragungen führen. Aufgrund der nicht steilen und geraden Linienführung des Weges ist jedoch nicht davon auszugehen, dass dies für das Befahren mit den landwirtschaftlichen Fahrzeugen ein Problem darstellt. Dies wird von den Beschwerdeführern auch nicht vorgebracht. Der Umstand alleine, dass der Unterhalt des Kiesweges dadurch aufwändiger wird, kann keine landwirtschaftliche Notwendigkeit der Asphaltierung begründen. Dazu kommt, dass den geschilderten Problemen aufgrund des über die Strasse ablaufenden Wassers auch bei Naturstrassen anders begegnet werden kann, etwa durch seitliche Ableitung mittels des Wassers über Querabschläge.

Insgesamt lassen sich die vorgenommene Sanierung und Asphaltierung für den Zugang zur Remise aus objektiver Sicht nicht landwirtschaftlich begründen. Die Notwendigkeit dieses Bauvorhabens für die in Frage stehende landwirtschaftliche Nutzung ist – der nachvollziehbaren Einschätzung des LANAT folgend – zu verneinen. Auch unter Berücksichtigung der feuchten Verhältnisse und des ablaufenden Wassers ist ein Kiesweg für diese Nutzung als ausreichend zu bezeichnen. Damit steht auch fest, dass selbst eine Spurlösung mit begrüntem Mittelstreifen für das Befahren der umstrittenen Strasse mit den landwirtschaftlichen Fahrzeugen nicht nötig ist und sich nicht landwirtschaftlich begründen lässt. Auch diese, von der Vertreterin des LANAT am Augenschein geäusserte Schlussfolgerung ist plausibel und nicht zu beanstanden. Schliesslich bezieht sich die fehlende Notwendigkeit der Asphaltierung aus landwirtschaftlicher Sicht auf die ganze Strecke; es gibt keine Teilstücke dieser Strecke, bei welchen die Situation etwa wegen besonderer Steilheit und/oder Kurvenlage anders zu beurteilen wäre. Eine teilweise Bewilligung des nachträglichen Baugesuchs (welche gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG ebenfalls zu prüfen ist) – durch Rückbau der vollflächigen Asphaltierung zu Asphaltspuren oder bloss teilweisen Rückbau der vollflächigen Asphaltierung – unter dem Titel der Zonenkonformität kommt deshalb ebenfalls nicht in Frage. Gleiches gilt für die gemäss Vorinstanz teilweise vorgenommene, leichte Verbreiterung des Wegs. Auch diese wird

nicht benötigt, konnten die zur Diskussion stehenden landwirtschaftlichen Fahrzeuge den Weg doch schon vor dieser Verbreiterung befahren. Das Bauvorhaben erweist sich damit weder ganz noch teilweise als zonenkonform im Sinne von Art. 16a RPG. Aufgrund der fehlenden Grundvoraussetzung der landwirtschaftlichen Notwendigkeit erübrigt es sich, eine Interessenabwägung im Sinne von Art. 34 Abs. 4 Bst b RPV vorzunehmen. Entsprechend ist auch irrelevant, wie der Eingriff am bestehenden Wanderweg gemäss Sachplan Wanderroutennetz zu werten ist.

6. Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG

a) Mit Gesamtentscheid vom 28. Januar 2016 erteilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer 2 die Baubewilligung für den teilweisen Umbau und die Erweiterung der umstrittenen Scheune für die Nutzung im Zusammenhang mit der Skischule und einem Gastronomiebetrieb (Einstellraum, Toilettenanlagen, Skischulraum, Galerie) gestützt auf die vom AGR mit Verfügung vom 18. September 2015 erteilte Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG.²⁶

b) Sollte das Bauvorhaben nicht als zonenkonform bewilligt werden können, so erachten die Beschwerdeführer die Voraussetzungen einer Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG auch für das vorliegend umstrittene Bauvorhaben als erfüllt. Die Strasse diene nicht nur der Erschliessung des landwirtschaftlichen Betriebsgebäudes. Zusätzlich werde die Zone für öffentliche Nutzung (ZöN) T._____ sowie die im Jahr 2016 bewilligten Räume der Skischule und des Gastronomiebetriebs erschlossen. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Erschliessung des Lernparks nicht auf dem Ausnahmeweg bewilligt werden könne. Die asphaltierte Strasse sei auch zu diesen Zwecken objektiv notwendig. In der Stellungnahme vom 29. August 2019 ergänzten sie, die Strasse diene dem Skibetrieb, indem die zwei Skilifte, das Förderband und das Karussell über die Strasse transportiert würden, welche jeweils vor Beginn der Wintersaison ausgestellt würden. Zudem werde der Grundstock an Nahrungsmitteln für den Gastronomiebetrieb mittels Lastwagen über die Strasse angeliefert. Weiter müsse auch der Fettabscheider des Betriebs entleert und gereinigt werden und die Gasanlieferung erfolge ebenfalls mittels Lastwagen. Die Strasse diene somit auch dem standortgebundenen Tourismus.

²⁶ Verfahren Saanen Nr. 2015-032.

Das AGR kam in seiner Verfügung vom 17. Dezember 2018 zum Schluss, die Anlage erweise sich nicht als standortgebunden. Falls das Bauvorhaben für den Lernpark bzw. den Betrieb der Skischule nötig sein sollte, so müsste dafür die Überbauungsordnung U._____ abgeändert werden. Was die Versorgung des Gastronomiebetriebs betreffe, so sei ein Ausbau der Erschliessung bei der Erteilung der damaligen Baubewilligung für den Gastronomiebetrieb nie zur Debatte gestanden. Eine solche hätte damals aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben im RPG und der RPV auch nicht bewilligt werden können.

c) Eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG setzt voraus, dass der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (Standortgebundenheit, Art. 24 Bst. a RPG) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 Bst. b RPG). Bei der Beurteilung der Standortgebundenheit kann es nicht auf subjektive Vorstellungen und Wünsche von Einzelpersonen ankommen. Auch die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ist unerheblich. Es gilt ein strenger Massstab.²⁷ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können zonenwidrige Bauten eine Ausdehnung der zonenfremden Nutzung nicht begründen.²⁸ Wo bereits ein standortgebundenes Gebäude besteht, bedeutet dies noch keinen automatischen Freipass für künftige betriebsdienliche Erweiterungen; vielmehr müssen solche Erweiterungen ihrerseits standortgebunden sein. In der Gerichts- und Verwaltungspraxis werden Bauten, die einem zonenfremden, aber standortgebundenen Betrieb dienen und aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen notwendig sind, grundsätzlich als standortgebunden anerkannt. Ausschlaggebend und unumgänglich für die Bejahung einer solchen "abgeleiteten" Standortgebundenheit ist ein besonderes, aus dem Hauptbetrieb hergeleitetes betriebswirtschaftliches oder technisches Bedürfnis, diese Bauten am vorgesehenen Ort und in der geplanten Dimension zu erstellen. Die Bewilligung von Bauten und Anlagen aufgrund einer abgeleiteten Standortgebundenheit ist allerdings nicht ganz unproblematisch, gestattet sie doch, aufgrund betrieblicher oder technischer Notwendigkeiten zusätzliche Bauten zu errichten, die für sich allein betrachtet nicht standortgebunden wären. Aus diesem Grund ist bei der Bejahung der entsprechenden Voraussetzungen Zurückhaltung zu üben.²⁹

²⁷ Zum Ganzen: BGE 124 II 252 E. 4a

²⁸ BGE 115 Ib 295 E. 2c; 114 Ib 317 E. 4d

²⁹ Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24 N. 12; Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen, Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, 2017, Art. 24 N. 16.

d) Es wird weder dargetan noch ist ersichtlich, dass die vorliegend umstrittene Sanierung und Asphaltierung der Zufahrtsstrasse als eigenständig standortgebundene Baute gelten könnte. Es ist daher einzig zu prüfen, ob dieses Vorhaben – wie dies die Beschwerdeführer auch geltend machen – allenfalls aufgrund der standortgebunden bewilligten Nutzung der Scheune für die Skischule und den Gastronomiebetrieb als abgeleitet standortgebunden bewilligt werden kann. Dies ist nach den erwähnten Grundsätzen und aufgrund der gemäss Rechtsprechung gebotenen Zurückhaltung (vgl. oben) nur dann der Fall, wenn eine aus diesen standortgebundenen Nutzungen hergeleitete betriebswirtschaftliche oder technische Notwendigkeit für die Sanierung und Asphaltierung der Strasse besteht. Wie bei der Beurteilung der Zonenkonformität sind dabei auch hier nur objektive Gründe, nicht aber subjektive Gründe von Bedeutung. Der Nachweis dieser objektiven sachlichen Gründe beinhaltet schliesslich auch eine Darlegung der Aktualität und Dimension des Bedürfnisses, denn das grundsätzliche Bauverbot ausserhalb der Bauzone verbietet die Bereitstellung von Bauten und Anlagen auf Vorrat und über die tatsächlich standortgebundenen Bedürfnisse hinaus.³⁰

Der Vertreter des Beschwerdeführers 2 führt anlässlich des Augenscheins vom 18. Juni 2019 aus, dass die Strasse einerseits für den Skibetrieb benötigt werde, um die zwei Skilifte, das Förderband und das Karussell zu transportieren, welche jeweils vor Beginn der Wintersaison aufgestellt würden. Andererseits werde der Grundstock an Nahrungsmitteln für den Gastronomiebetrieb vor Beginn der Wintersaison über diese Strasse angeliefert. Weiter müsse der Fettabscheider des Betriebs entleert und gereinigt werden – dies geschehe mittels eines Lastwagens zwei Mal pro Jahr. Schliesslich heize man mit Gas, die Gasanlieferung erfolge einmal pro Jahr ebenfalls mit einem Lastwagen. Die Strasse werde für diese Nutzungen lediglich in der Vor- und Nachsaison in Anspruch genommen.³¹ Damit macht der Vertreter des Beschwerdeführers 2 zwar deutlich, dass die Strasse für diese standortgebundenen Betriebe genutzt wird. Diese Nutzung beschränkt sich aber auf ein paar Fahrten mit grösseren Fahrzeugen vor Beginn und nach Abschluss der Wintersaison. Zudem vermögen die Beschwerdeführer keine objektive Notwendigkeit einer sanierten und asphaltierten Zufahrtsstrasse aus betriebswirtschaftlichen oder technischen Gründen für diese standortgebundenen Nutzungen geltend zu machen. Im Gegenteil: Auf die Frage, ob man für den Gastronomiebetrieb und die Skischule auf eine asphaltierte Strasse

³⁰ Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen, a.a.O., Art. 24 N. 12.

³¹ Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 8, Voten Vertreter des Beschwerdeführers 2.

angewiesen sei, gab der Vertreter des Beschwerdeführers 2 anlässlich des Augenscheins zu Protokoll, dass die Belieferung auch über eine nicht asphaltierte Strasse machbar sei. Die schweren Lastwagen würden indessen eine tiefe Spur hinterlassen.³² Selbst nach Ansicht des Vertreters des Beschwerdeführers 2 erfordern damit die im Zusammenhang mit diesen standortgebundenen Nutzungen stehenden Fahrten über die Erschliessungsstrasse nicht unbedingt einen Asphaltbelag. Dass dieser auch für diese Fahrten praktischer wäre und den Unterhaltsaufwand reduzieren dürfte, vermag keine objektive, auf sachlichen Gründen beruhende Notwendigkeit und damit eine (abgeleitete) Standortgebundenheit zu begründen. Die Aussage des Vertreters des Beschwerdeführers 2, wonach für diese Fahrten nicht unbedingt ein Asphaltbelag erforderlich ist, erscheint aufgrund der Erkenntnisse vor Ort als plausibel. So ist die Zufahrtsstrasse – wie bereits ausgeführt (E. 5f) – weder besonders steil noch kurvig. Einzig die direkte Zufahrt zum Vorplatzbereich des Restaurants südwestlich des Gebäudes ist relativ steil. Die Beschwerdeführer behaupteten jedoch nie, dass dieser Vorplatzbereich mit den benötigten Fahrzeugen/Lastwagen vor der Asphaltierung nicht erreichbar war. Davon ist auch nicht auszugehen, kann dieser Vorplatzbereich doch auch mit grösseren Fahrzeugen auf dem Weg um das Haus herum und an der Remise auf der Nordostseite des Gebäudes vorbei erreicht werden, sollte sich der direkte Weg je nach Fahrzeug oder Witterung als zu steil erweisen. Zudem ist nicht erkennbar, wieso die Beschwerdeführer für diese Belieferungen bzw. Abtransporte im Zusammenhang mit den standortgebundenen Nutzungen des Gebäudes zwingend direkt vor den Eingang des Restaurants fahren müssten. Vielmehr erscheint es für diese Transporte ausreichend, wenn die besagten Fahrzeuge auf dem Erschliessungsweg bis unmittelbar vor das Gebäude auf der Nordwestseite fahren können.

Damit zeigt sich, dass die vorgenommene Sanierung und Asphaltierung der Zufahrtsstrasse auch für die standortgebundenen Nutzungen (Skischule /-betrieb, Gastronomie) weder ganz noch teilweise benötigt wird. Die Voraussetzungen der abgeleiteten Standortgebundenheit sind nicht erfüllt. Das nachträgliche Baugesuch kann auch unter dem Titel der Standortgebundenheit nach Art. 24 RPG weder vollständig noch teilweise (durch Rückbau der vollflächigen Asphaltierung zu Asphaltspuren oder bloss teilweisen Rückbau der vollflächigen Asphaltierung) bewilligt werden.

³² Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 9 oben, Votum Vertreter des Beschwerdeführers 2.

e) Als Zwischenfazit kann daher festgehalten werden, dass das Bauvorhaben weder unter dem Titel der Zonenkonformität nach Art. 16a RPG noch mittels Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG bewilligt werden kann und die Vorinstanz dem nachträglichen Baugesuch zu Recht den Bauabschlag erteilt hat. Die Hauptanträge sowie der Eventualantrag der Beschwerdeführer sind daher abzuweisen.

7. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Neben dem Bauabschlag verfügte die Gemeinde mit dem angefochtenen Entscheid die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bis spätestens am 30. Juni 2019. Dabei verlangt sie neben dem vollständigen Ausbau der widerrechtlichen Teerung und der Kofferung die Reduktion des Bewirtschaftungswegs auf seine ursprüngliche Breite respektive die Wiederherstellung des ursprünglich bewilligten Zustands.

b) Die Beschwerdeführer bringen vor, sie hätten gutgläubig gehandelt. Für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands würden keine gewichtigen öffentlichen Interessen sprechen und der Verzicht auf die Wiederherstellung liege sowohl im nachbarschaftlichen wie auch im öffentlichen Interesse. Schliesslich erachten sie die Abweichung vom Gesetz als gering und die Wiederherstellungsanordnung als unverhältnismässig.

c) Es ist unbestritten, dass für die Sanierung und die Asphaltierung der Erschliessungsstrasse "J. _____" nie eine Baubewilligung erteilt wurde und diese damit formell rechtswidrig sind. Wie die vorangehenden Erwägungen (E. 5 und 6) zeigen, ist auch die materielle Rechtswidrigkeit dieser Bauvorhaben (fehlende Bewilligungsfähigkeit) zu bejahen.

Kann ein bereits ausgeführtes Bauvorhaben nachträglich nicht bewilligt werden, so entscheidet die Baubewilligungsbehörde mit dem Bauabschlag zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen

Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.³³

d) Die Beschwerdeführer bringen vor, gutgläubig gehandelt zu haben. Anlässlich der Einspracheverhandlung des Baubewilligungsverfahrens im Jahr 2015 sei eine Vereinbarung mit dem Einsprecher abgeschlossen worden, wonach die Zufahrtsstrasse bis zur Parzellengrenze V._____ nach Fertigstellung des Umbaus mit Belag überzogen werden müsse. Die Gemeindevertreter hätten an der Einspracheverhandlung aktiv mitgewirkt und diese Lösung vorbehaltlos unterstützt. Mit der Unterzeichnung des Protokolls der Einspracheverhandlung habe die Gemeinde die Zulässigkeit der Asphaltierung ausdrücklich bekräftigt. Sie hätten darauf vertrauen dürfen, dass die Gemeinde interveniert, wenn eine an der Einspracheverhandlung angesprochene Lösung öffentlich-rechtlich nicht zulässig sei. Dies habe sie jedoch nicht getan. Die Gemeinde sei schliesslich auch bei Erstellung der Asphaltierung nicht eingeschritten und habe den Baustopp verfügt, sondern sei untätig geblieben. Die Bewilligungspflicht für die Asphaltierung eines bereits bestehenden Flurweges resp. die Unzuständigkeit der Gemeindebehörde für die Erteilung einer allenfalls erforderlichen Ausnahmegewilligung sei für sie als baurechtliche Laien nicht erkennbar gewesen.

Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt (z.B. aufgrund einer mangelhaften Bewilligung oder Auskunft). Im Übrigen wird aber vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern.³⁴ Die Bauherrschaft, welche die nach den Umständen zumutbare Aufmerksamkeit und Sorgfalt vermissen lässt, verdient keinen Schutz und kann sich gegenüber einer Wiederherstellungsverfügung nicht auf ihren guten Glauben berufen.³⁵

Die Beschwerdeführer berufen sich in erster Linie auf eine Passage unter Ziffer 5 "Verhandlung/Beschlüsse" im Protokoll der Einspracheverhandlung vom 1. Juni 2015 (Beilage 7 der Beschwerde), bei welchem neben den Beschwerdeführern und den Gemeindevertretern der damalige Einsprecher (vormaliger Eigentümer der Parzelle

³³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

³⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b, mit Hinweisen.

³⁵ VGE 100.2008.23496 vom 28. April 2009, E. 4.2.2.

Saanen Grundbuchblatt Nr. O. _____) anwesend war. Darin ist Folgendes festgehalten: "Die Zufahrtsstrasse bis zur Parzellengrenze V. _____ (letzter Stein - Bissenquerung) muss nach Fertigstellung des Umbaus mit Belag überzogen werden. Die Bauherrschaft erklärt sich dazu bereit. Die erforderlichen Belagsarbeiten und Entwässerungsmassnahmen wird die Bauherrschaft in Absprache mit dem Einsprecher nach Fertigstellung der Bauarbeiten vornehmen". Das Protokoll wurde von sämtlichen Teilnehmern unterschrieben. Wie die Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren sowie die Ausführungen anlässlich des Augenscheins zeigen, wurde diese Passage im Protokoll von der Gemeinde und von den Beschwerdeführern unterschiedlich verstanden. Während nach Ansicht der Beschwerdeführer mit dem letzten Stein der letzte Markstein der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. G. _____ (südlicher Eckpunkt dieser Parzelle) gemeint war, verstand die Gemeinde darunter den letzten Stein bei der Arve vor der Pistenquerung und damit bloss eine Strecke von rund 35 m ab der Parzellengrenze Saanen Grundbuchblatt Nr. O. _____.³⁶ Welche Deutung letztlich dem damaligen Willen entsprach, lässt sich nicht mehr eruieren und kann auch offen bleiben. Fest steht jedenfalls, dass die Beschwerdeführer gestützt auf diese unklare Formulierung im Protokoll nicht hätten davon ausgehen dürfen, dass die Gemeinde die Asphaltierung der ganzen Erschliessungsstrasse als zulässig erachtet, zumal selbst bei Auslegung im Sinne der Beschwerdeführer nur etwas mehr als die Hälfte der nun vorgenommenen Asphaltierung dieser Abmachung entsprochen hätte. Ein Vertrauenstatbestand wurde seitens der Gemeinde mit dieser Protokollpassage bzw. mit dem Unterzeichnen des Protokolls nicht geschaffen. Erst Recht nicht hat die Gemeinde in irgendeiner Weise zu bekennen gegeben, dass ein solche Asphaltierung in der Landwirtschaftszone ohne Bewilligung erstellt werden darf. Die Beschwerdeführer konnten vorliegend nicht gutgläubig davon ausgehen, dass die Sanierung und Asphaltierung eines geschützten Wanderweges in der Landwirtschaftszone ohne Baubewilligung erstellt werden darf. Selbst als Laien hätten sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt wissen müssen, dass ein solches Bauvorhaben baubewilligungspflichtig ist und sie daher nicht einfach so zur Bauausführung berechtigt sind. Entsprechend können sie sich gegenüber der Wiederherstellungsverfügung nicht auf ihren guten Glauben berufen.

Die Beschwerdeführer werfen der Gemeinde sodann vor, bei der Erstellung der Asphaltierung untätig geblieben zu sein und nicht eingeschritten zu haben. Die blosse

³⁶ Stellungnahme der Gemeinde vom 4. April 2019, Ziff. 4 sowie Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 10 unten, Votum Gemeinderat und S. 12 mitte, Votum Vertreter des Beschwerdeführers 2.

Untätigkeit der Behörde berechtigt jedoch nicht zur Annahme, das Bauen sei rechtmässig. Untätigkeit der Behörde kann nur dann einen Vertrauenstatbestand begründen, wenn die Behörden eine Rechtswidrigkeit über Jahre hinweg duldeten, obschon ihnen die Rechtswidrigkeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt und die Rechtswidrigkeit für die Bauherrschaft bei gebotener Sorgfalt nicht erkennbar war.³⁷ Von einem jahrelangen Dulden kann vorliegend nicht gesprochen werden. Dazu kommt, dass einerseits die Verletzung öffentlicher Interessen hier – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer – schwer wiegen (vgl. nachfolgend). Andererseits hätten die Beschwerdeführer – wie ausgeführt (vgl. diese Erwägung, oben) – bei gebotener Sorgfalt wissen müssen, dass die von ihnen vorgenommenen Arbeiten baubewilligungspflichtig sind.

Insgesamt haben die Beschwerdeführer damit nicht gutgläubig gehandelt. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch eine Bauherrschaft berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.³⁸

e) Die Beschwerdeführer erachten das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung als gering. Dieses bestehe ausschliesslich in der Erhaltung landwirtschaftlicher, nichtbefestigter Bewirtschaftungswege. Diesem öffentlichen Interesse am Wanderweg könne dem Fachbericht des TBA vom 12. Juli 2019 folgend aber mit einem gleichwertigen Ersatz durch Aufhebung einer anderen Hartbelagsstrecke in der Umgebung begegnet werden, was als Bedingung in den Entscheid aufgenommen werden könne. Die vergleichsmässig geringfügigen Dimensionen der Zufahrtsstrasse und die gute Einbettung ins Landschaftsbild sprächen gegen eine Wiederherstellung. Zwingende öffentliche Interessen, welche eine Wiederherstellung erforderlich machen würden, seien nicht ersichtlich. Auf der anderen Seite bestehe ein öffentliches Interesse an der vorgenommenen Asphaltierung, indem die öffentliche K. _____ nicht verschmutzt und überschwemmt werde.

³⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b, Bst. a.

³⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 9 ff. mit Hinweisen; BVR 2006 S. 444 E. 6.1.

Das öffentliche Interesse an den von der Vorinstanz angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer – gross. So besteht an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell ein erhebliches öffentliches Interesse. Dem öffentlichen Interesse am konsequenten Vollzug des Bau-, Planungs- und Umweltrechts ausserhalb des Baugebiets kommt dabei besonderes Gewicht zu.³⁹ Dazu kommt, dass die Sanierung und Asphaltierung dieses Wegstücks einen bestehenden Hauptwanderweg gemäss Sachplan Wanderroutennetz betrifft. Selbst wenn ein – allerdings bislang nicht realisierter – Ersatz durch Aufhebung einer anderen Hartbelagsstrecke nicht ausgeschlossen scheint, stellt das Vorhaben einen Eingriff in diesen Wanderweg gemäss FWG dar. Das FWG will unter anderem dem drohenden Verschwinden von Fuss- und Wanderwegen durch Teerung, durch Ausbau und Beanspruchung durch den motorisierten Verkehr und der Unterbrechung bestehender Wegverbindungen durch bauliche Massnahmen zugunsten Dritter entgegenwirken.⁴⁰ Das Vorhaben widerspricht daher dem öffentlichen Interesse an der Verhinderung der Asphaltierung von Wanderwegen.

Auch präjudizielle Gründe sprechen hier für eine Wiederherstellung. Der Bauherr, der sich nicht an die Baubewilligung hält oder ohne Baubewilligung baut, soll nicht besser gestellt werden als ein Bauherr, der die Baubewilligung einhält. Dazu kommt, dass vorliegend – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführer – nicht von einer vernachlässigbaren oder unbedeutenden Abweichung vom Erlaubten gesprochen werden kann, wurde doch ein inventarisierter Wanderweg auf einer Länge von ca. 130 m vollflächig asphaltiert. Demgegenüber muss das von den Beschwerdeführern vorgebrachte, öffentliche Interesse am Erhalt der Asphaltierung (Verhinderung der Verschmutzung oder Überschwemmung einer öffentlichen Strasse), soweit ein solches überhaupt besteht, als klar untergeordnet bezeichnet werden.

f) Zu prüfen bleibt, ob die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen verhältnismässig, also geeignet und erforderlich sind, um den mit der Wiederherstellung verfolgten Zweck zu erreichen. Geeignet ist eine Massnahme dann, wenn damit der gewünschte Erfolg herbeigeführt werden kann. Erforderlich sein bedeutet, dass die

³⁹ Urteil des Bundesgerichts 1C_397/2007 vom 27. Mai 2008 E. 3.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a.

⁴⁰ Heinrich Jud, Rechtsfragen bei Fuss- und Wanderwegen, Aspekte der rechtlichen Sicherung, der Haftung und des Unterhaltes, Arbeitsgemeinschaft Recht für Fussgänger, Zürich 1986.

gewählte Massnahme nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes nötig ist. Ausserdem muss die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung der Pflichtigen für diese zumutbar sein, d.h. die Belastung für den Pflichtigen muss in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.⁴¹

Die Beschwerdeführer bringen in diesem Zusammenhang vor, der Nutzen einer Wiederherstellung sei sehr gering resp. der damit verbundene Schaden sehr gross. Der Rückbau würde wieder zu den unerwünschten Beeinträchtigungen der nachbarlichen Grundstücke in der Bauzone (erhebliche Verunreinigungen) sowie des umliegenden Kulturlandes (Auswaschen des Kiesbelags, Landschäden usw.) führen. Die Wiederherstellung sei daher nicht verhältnismässig. Es bestünde vielmehr ein Interesse der Nachbarn daran, dass die Strasse asphaltiert bleibe, könne doch so eine Verschmutzung der Nachbarliegenschaften verhindert werden. Weiter hätten nicht nur sie, sondern auch der vormalige Grundeigentümer der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. O._____ im damaligen Baubewilligungsverfahren darauf vertraut, dass die Strasse asphaltiert werde. In diesem Vertrauen habe er seine Einsprache zurückgezogen. Die aktuelle Grundeigentümerin dieser Parzelle stelle gar in Aussicht, die Zufahrt zu verweigern, wenn die Asphaltierung nicht bestehen bleibe. Mangels Wegrechtsdienstbarkeit würden sie die Zufahrt kaum erzwingen können. Diese fehlende Dienstbarkeit sei durch die von der Gemeinde vorgenommene Verlegung der öffentlichen K._____ begründet. Damit sei die gesamte Erschliessung des Gebäudes an der K._____ mit der Wiederherstellung gefährdet bzw. müsste eine alternative Zufahrt mit entsprechendem Kulturlandverlust erstellt werden. Schliesslich würden für die Wiederherstellung Kosten in der Höhe von rund 20'000 Franken anfallen. Dieser Betrag in Kombination mit den nutzlos gewordenen Baukosten für die Asphaltierung im Umfang von rund 40'000 Franken sei ihnen nicht zumutbar.

Der vollständige Rückbau der vorgenommenen Asphaltierung und der neuen Kofferung sowie die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Weges sind geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Die Wiederherstellung kann sich dabei nicht auf den Rückbau der Asphaltierung beschränken, wie dies die Beschwerdeführer in ihrem Subsubeventualantrag beantragen. Damit würde nämlich der rechtmässige Zustand nicht vollständig wiederhergestellt: Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde war die

⁴¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c.

Koffierung der Zufahrtsstrasse nicht bestehend und damit nicht bewilligt. Vielmehr wurde diese erneuert, ist doch gemäss den eigenen Aussagen des Beschwerdeführers 1 eine Aus-ebnung des Weges vorgenommen und unter dem Asphalt eine sog. Feinplanie eingesetzt worden.⁴² Auch die teilweise Verbreiterung ist sodann objektiv nicht notwendig bzw. unrechtmässig vorgenommen worden, weshalb auch diesbezüglich zu Recht die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verlangt wurde. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sind die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen auch notwendig. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind hier nicht ersichtlich.

Der komplette Rückbau des unbewilligten und rechtswidrigen Bauvorhabens ist für die Beschwerdeführer auch zumutbar. Das öffentliche Interesse an der vollständigen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist vorliegend gross (vgl. E. 7e). Es überwiegt die Nachteile, die den Beschwerdeführern durch die Wiederherstellung entstehen, zumal diese angesichts des fehlenden guten Glaubens nicht oder nur in verringertem Mass zu berücksichtigen sind (vgl. E. 7d). Angesichts der strengen Rechtsprechung⁴³ betrifft dies auch die Vermögensinteressen, welche den Beschwerdeführern durch die Wiederherstellung anfallen. Selbst wenn diese Kosten für sie nicht leicht wiegen, werden sie von den öffentlichen, für den Rückbau und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechenden Interessen in der Landwirtschaftszone übertroffen. Die Umsetzung dieser Wiederherstellungsmassnahmen ist für die Beschwerdeführer zumutbar.

Was die geltend gemachten nachbarlichen Interessen am Erhalt der Asphaltierung betrifft, so fallen diese kaum ins Gewicht. Die Verschmutzung der Nachbarliegenschaften bei einer Naturstrasse mag zwar etwas höher sein als bei einer Asphaltstrasse. Allerdings kann diese auch bei einer Asphaltstrasse nicht eliminiert werden, wird die Erschliessungsstrasse doch u.a. durch landwirtschaftliche Fahrzeuge befahren, welche durch den Einsatz im Feld oft ohnehin verschmutzt sind und diesen Schmutz danach teilweise auf den Strassen liegen lassen. Eine gewisse Verschmutzung der Zufahrtsstrassen bei Grundstücken in bzw. gleich angrenzend an die Landwirtschaftszone ist sodann zu tolerieren. Weiter ist die Asphaltierung – entgegen den Ausführungen in der Beschwerde – nicht im Interesse aller Strassenanstösser. So hat sich die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 1 sowohl im

⁴² Augenscheinprotokoll vom 18. Juni 2019, S. 10 oben, Votum Beschwerdeführer 1.

⁴³ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c mit weiteren Hinweisen.

vorinstanzlichen Verfahren als auch im Beschwerdeverfahren explizit gegen das Vorhaben gewehrt. Unbeachtlich ist schliesslich die Androhung des Grundeigentümers der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. O._____, die Überfahrt auf der bestehenden Strasse über sein Grundstück zu verweigern. So stellt die fehlende Dienstbarkeit ein privatrechtliches Problem dar, welches nicht als Argument gegen eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vorgebracht werden kann. Ohnehin betrifft die Wiederherstellungsanordnung der Vorinstanz den Bereich der Erschliessungsstrasse vor der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. O._____ nicht, da der Asphaltbelag dort schon bestehend war; die Vorinstanz hat die Wiederherstellung entsprechend nur für die Parzellen Saanen Grundbuchblatt Nrn. F._____, G._____ und H._____ verfügt. Der Belag kann daher im Bereich der Parzelle Saanen Grundbuchblatt Nr. O._____ belassen werden. Insgesamt vermögen auch diese privaten Interessen nichts an der Verhältnismässigkeit der angeordneten Wiederherstellung zu ändern.

g) Zusammenfassend steht fest, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Die Wiederherstellungsanordnung der Gemeinde ist nicht zu beanstanden. Damit sind auch der Subeventualantrag und der Subsubeventualantrag der Beschwerdeführer abzuweisen.

Die von der Vorinstanz für die Wiederherstellung angesetzte Frist (30. Juni 2019) ist während dem Beschwerdeverfahren abgelaufen und muss daher von Amtes wegen neu angesetzt werden. Da der Rückbau aufgrund des Kunstschnees der über den Weg führenden Piste bis Ende Wintersaison nicht vorgenommen werden kann, setzt die BVE die neue Frist im Jahr 2020 ebenfalls auf den 30. Juni an. Damit verbleibt den Beschwerdeführern nach der Schneeschmelze genügend Zeit, um die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen zu vollziehen.

8. Ergebnis, Beweismittel und Kosten

a) Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen und der Gesamtentscheid der Gemeinde sowie die Verfügung des AGR sind zu bestätigen.

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten sowie der durchgeführten Beweismittel (Augenschein, Beizug LANAT und

TBA) genügend überprüft bzw. festgestellt werden. Auf die weiteren, von den Beschwerdeführern beantragten Beweismittel konnte daher verzichtet werden, da von diesen Beweismitteln keine neuen relevanten Erkenntnisse zu erwarten waren.

c) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV⁴⁴). Für den Augenschein vom 18. Juni 2019 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von Fr. 600.00 erhoben. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit Fr. 2'600.00.

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten 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. Die Beschwerdeführer gelten als unterliegend. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt hat, indem sie ihnen nicht Einsicht in die vollständigen Verfahrensakten gewährte und den Entscheidungen ungenügend begründete (E. 3). Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken.⁴⁵ Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdeführern nur drei Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 1'950.00, zur Bezahlung aufzuerlegen. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten haben keine Verfahrenskosten zu tragen; die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2 hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 1 hat sich zwar eingebracht, aber weder Anträge gestellt noch sich zu den gerügten Gehörsverletzungen geäußert. Auch der Gemeinde, welche die Gehörsverletzungen zu verantworten hat, können keine Verfahrenskosten auferlegt werden, da sie nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten trägt deshalb der Kanton.

d) Wegen den Gehörsverletzungen wird die Vorinstanz zudem verpflichtet, den Beschwerdeführern 1 und 2 einen Viertel der Parteikosten zu ersetzen. Die Kostennote des

⁴⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

⁴⁵ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03. September 2003, E. 3.2, in BVR 2004 S. 138.

Anwalts der Beschwerdeführer 1 und 2 beläuft sich auf Fr. 11'347.25 (Honorar Fr. 10'318.00, Auslagen Fr. 218.00, Mehrwertsteuer Fr. 811.25). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV⁴⁶ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 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 KAG⁴⁷). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als durchschnittlich im oberen Bereich zu werten, da neben dem Schriftenwechsel ein Augenschein durchgeführt wurde und die Parteien dazu sowie zu den eingeholten Fachmeinungen des TBA und des LANAT Stellung zu nehmen hatten. Angesichts der Baukosten gemäss Baugesuch von rund Fr. 38'000.00 und den umstrittenen Rechtsfragen sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als durchschnittlich im unteren/mittleren Bereich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 6'000.00 als angemessen, was insgesamt Parteikosten von Fr. 6696.80 (Honorar Fr. 6'000.00, Auslagen Fr. 218.00, Mehrwertsteuer Fr. 478.80) ergibt. Davon hat die Gemeinde einen Viertel zu übernehmen. Sie hat daher den Beschwerdeführern 1 und 2 Parteikosten in der Höhe von Fr. 1'674.20 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Saanen vom 24. Januar 2019 und die Verfügung des AGR vom 17. Dezember 2018 werden bestätigt.
2. Die Frist zur Wiederherstellung gemäss 8.2 des Gesamtentscheids der Gemeinde Saanen vom 24. Januar 2019 wird neu angesetzt auf den 30. Juni 2020.
3. Den Beschwerdeführern 1 und 2 werden Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 1'950.00 zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführer 1 und 2 haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

⁴⁶ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811).

⁴⁷ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

4. Die Gemeinde Saanen hat den Beschwerdeführern 1 und 2 einen Viertel der Parteikosten, ausmachend Fr. 1'674.20 (inkl. Mehrwertsteuer), zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt P._____, eingeschrieben
- D._____, eingeschrieben
- E._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Saanen, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier
- Amt für Landwirtschaft und Natur (LANAT), Fachstelle Hochbau und Bodenrecht, Schwand 17, 3110 Münsingen, A-Post
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis I (TBA OIK I), Schlossberg 20, Postfach, 3602 Thun, A-Post

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in sechs 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.