



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2020/135

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 2. Februar 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt A. _____

und

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Hasliberg, Gemeinderat Hasliberg, Urseni 331c,
6085 Hasliberg Goldern**

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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Hasliberg vom 3. Juli 2020 (Baugesuch Nr. 783 / 2017-0012; Einbau WC, sanitäre Anlage sowie Technikraum in best. Alpstall. Nutzung als Wohnraum für den Äpler) sowie die Verfügung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung (AGR) vom 7. Juni 2018 (G.-Nr. 381 17 1524)

I. Sachverhalt

1. B. _____ reichte am 18. April 2017 (Eingang am 25. April 2017) bei der Gemeinde Hasliberg ein nachträgliches Baugesuch ein für "Einbau WC, sanitäre Anlage sowie Technikraum in bestehenden Alpstall. 100 % landwirtschaftliche Nutzung als Wohnraum für den Äpler zur Sömmerung von Mutterkühen" auf Parzelle Hasliberg Grundbuchblatt Nr. H. _____ / Baurecht Nr. D. _____ (E. _____).¹ Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone. Die Gemeinde teilte dem Baugesuchsteller am 18. Mai 2017 mit, dass das Baugesuch formelle Mängel aufweise, und setzte ihm Frist zur Einreichung der fehlenden Unterlagen und Verbesserung der Pläne.²

Das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) führte am 22. Juni 2017 mit der Gemeinde und im Beisein der Bauherrschaft einer Begehung durch. Danach holte es einen Fachbericht des Amtes für Landwirtschaft und Natur des Kantons Bern (LANAT) ein und nahm am 12. Oktober 2017 zum Bauvorhaben Stellung.³ Es kam zum Schluss, dass das Bauvorhaben nicht

¹ Vorakten pag. 19 ff.

² Vorakten pag. 28 f.

³ Vorakten pag. 86 ff.

zonenkonform sei und keine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG⁴ in Aussicht gestellt werden könne. Der Baugesuchsteller erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 21. November 2017 teilte der Beschwerdeführer der Gemeinde mit, dass er gemeinsam mit seiner Ehefrau den Hof seiner Eltern per 1. Januar 2017 übernommen habe und als Rechtsnachfolger in das Baubewilligungsverfahren eintrete. Er hielt sinngemäss am Bauvorhaben fest und beantragte eine Neubeurteilung durch das AGR.

Mit Verfügung vom 7. Juni 2018 verweigerte das AGR dem Bauvorhaben die Anerkennung der Zonenkonformität nach Art. 16a RPG sowie die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG.⁵ Die Gemeinde eröffnete dem Beschwerdeführer die Verfügung des AGR am 19. Juli 2018. Mit Schreiben vom 30. August 2018 hielt der (inzwischen anwaltlich vertretene) Beschwerdeführer am Baugesuch fest und erklärte, er wünsche den Erlass eines beschwerdefähigen Entscheids. Zuvor solle das AGR zur Korrektur seiner Verfügung aufgefordert werden.

Das Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli begleitete das Verfahren in seiner Funktion als baupolizeiliche Aufsichtsbehörde. Es erkundigte sich im Januar 2018 und im Dezember 2018 nach dem Fortgang des Verfahrens.⁶ Im September 2019 forderte es die Gemeinde sinngemäss auf, das Verfahren fortzusetzen.⁷ Im April 2020 stellte die Gemeinde dem AGR die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 30. August 2018 zu und ersuchte es um eine Überarbeitung seiner Verfügung vom 7. Juni 2018,⁸ was dieses verweigerte.⁹ Im Juni 2020 drängte das Regierungsstatthalteramt erneut auf Erledigung dieses Verfahrens.¹⁰

Mit Entscheid vom 3. Juli 2020 erteilte die Gemeinde Hasliberg dem nachträglichen Baugesuch den Bauabschlag. Sie verzichtete auf die Anordnung baulicher Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Sie ordnete die Eintragung eines Zweckentfremdungsverbots im Grundbuch an, wonach die Sennhütte nur während der Alpsommerzeit (ab Osterdienstag bis Ende Oktober) durch den Älpler und seine Familie oder durch den Baurechtnnehmer und seine Familie genutzt werden darf und eine Winternutzung während der Skisaison zwischen November und Ostern verboten ist.

2. Der Beschwerdeführer reichte am 4. August 2020 bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) Beschwerde gegen die Verfügung des AGR und den Entscheid der Gemeinde ein. Er beantragt die Aufhebung der Verfügung des AGR und des Bauabschlags. Die Zonenkonformität nach Art. 16a RPG sei anzuerkennen und das nachträgliche Baugesuch sei zu bewilligen, eventuell sei eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG zu erteilen.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das AGR beantragt mit Stellungnahme vom 27. August 2020 die Abweisung der Beschwerde. Die Gemeinde unterstützt mit Stellungnahme vom 28. August 2020 die Begehren des Beschwerdeführers um Anerkennung der Zonenkonformität

⁴ Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

⁵ Vorakten pag. 111 ff.

⁶ Vorakten pag. 101 ff., pag. 139 ff.

⁷ Vorakten pag. 141 f.

⁸ Vorakten pag. 144

⁹ Vorakten pag. 145

¹⁰ Vorakten pag. 160 ff.

¹¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

des Bauvorhabens bzw. Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24c RPG. Sie widersetzt sich aber dem Begehren um Parteikostenentschädigung zu ihren Lasten.

4. Das Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli informierte die BVD mit Zustellung einer Briefkopie vom 7. August 2020, dass bezüglich des Verzichts auf bauliche Wiederherstellungsmassnahmen beim hier streitigen Bauvorhaben ein baupolizeiliches Aufsichtsverfahren eröffnet worden ist. Dieses wurde bis zum rechtskräftigen Entscheid im Baubeschwerdeverfahren sistiert.

5. Mit Verfügung vom 8. Oktober 2020 bat das Rechtsamt die Gemeinde um Einreichung der Baubewilligungsakten 23/2005 (Baugesuch vom 12. Mai 2005) betreffend Dachsanierung der streitigen Alphütte sowie der Baubewilligungsakten betreffend Erstellung der benachbarten G._____ (E._____ I._____, Baurecht Nr. F._____). Es teilte ferner mit, dass es Luftbilder von Swisstopo aus den Jahren 2015 und 2016 als Beweismittel zum Verfahren beiziehe. Es machte die Beteiligten darauf aufmerksam, dass die BVD in Betracht ziehe, im Falle der Bestätigung des Bauabschlags gestützt auf Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG bauliche Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen. Die Beteiligten erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Beschwerdeführer wurde darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde zurückziehen könne.

Die Gemeinde reichte die gewünschten Akten ein. Sie verzichtete auf eine Stellungnahme. Das AGR liess sich nicht vernehmen. Der Beschwerdeführer hielt mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2020 an seiner Beschwerde fest. Er macht unter anderem geltend, dass der angefochtene Entscheid hinsichtlich des Verzichts auf bauliche Wiederherstellungsanordnungen in Teilrechtskraft erwachsen sei.

6. Mit Verfügung vom 13. November 2020 teilte das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten mit, dass aufgrund einer summarischen Einschätzung für den Fall der Bestätigung des Bauabschlags die Anordnung folgender Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erwogen werde:

"Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf Parzelle Hasliberg Grundbuchblatt Nr. H._____ / Baurecht Nr. D._____ bis 30. April 2021 das WC, die sanitären Anlagen sowie die technischen Anlagen im Technikraum vollständig zu entfernen und die entsprechenden Leitungen zu plombieren."

Die Beteiligten erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Gemeinde hält mit Stellungnahme vom 14. Dezember 2020 an ihrer Ansicht fest, dass ein Zweckentfremdungsverbot die geeignete Massnahme sei und auf bauliche Wiederherstellungsmassnahmen zu verzichten sei. Bei einer allfälligen Anordnung baulicher Wiederherstellungsmassnahmen müsse bei der Festlegung der Umsetzungsfrist die Höhenlage (1'850 m.ü.M., Schnee, Zugänglichkeit usw.) berücksichtigt werden. Das in Betracht gezogene Datum (30. April 2021) sei nicht umsetzbar. Der Beschwerdeführer erklärt mit Stellungnahme vom 16. Dezember 2020, die in Betracht gezogenen Wiederherstellungsmassnahmen seien ihm nicht zumutbar und daher unverhältnismässig. Einer Äplerfamilie könne die Benützung eines Plumpsklos ausserhalb der Alphütte nicht zugemutet werden. Ein normales WC sei unabdingbar. Entsprechendes gelte für die sanitären Anlagen. Aufgrund der Höhenlage sei eine Heizung mit Warmwasseraufbereitung im Wohnbereich nötig. Auch eine Temperierung der Alphütte im Winter sei notwendig, um die elektronischen Geräte zu schützen. Ohne diese Einrichtungen könne die Alphütte nicht mehr bestimmungsgemäss benützt werden. Das AGR liess sich nicht vernehmen.

7. Die Beteiligten erhielten Gelegenheit zur Einreichung von Schlussbemerkungen. Der Beschwerdeführer verzichtete unter Hinweis auf seine bisherigen Eingaben auf

Schlussbemerkungen. Auch die Gemeinde verzichtete auf Schlussbemerkungen. Das AGR liess sich nicht vernehmen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Bauentscheide können nach Art. 40 BauG¹² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Verfügungen des AGR über die Zonenkonformität bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone sowie über Ausnahmegesuche nach den Art. 24 bis 24e und Art. 37a RPG¹³ können zusammen mit dem Bauentscheid ebenfalls mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 84 Abs. 4 BauG). Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer, dessen Baugesuch abgewiesen wurde, ist durch die vorinstanzlichen Entscheide beschwert. Ihm erwachsen aus der Verweigerung der beantragten nachträglichen Baubewilligung rechtliche Nachteile, auch wenn die Gemeinde auf die bauliche Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet hat. Er konnte die bereits vorgängig eröffnete Verfügung des AGR erst zusammen mit dem Bauentscheid anfechten.¹⁴ Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Begründungspflicht. Das AGR und die Gemeinde hätten sich mit seinen Stellungnahmen vom 21. November 2017 und vom 30. August 2018 nicht auseinandergesetzt.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG¹⁵). 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.¹⁶

c) In seiner Stellungnahme vom 12. Oktober 2017¹⁷ hielt das AGR fest, am Augenschein vom 22. Juni 2017 sei festgestellt worden, dass das nachträgliche Baugesuch nicht sämtliche vorgenommenen Bauarbeiten umfasse. Die Alphütte sei komplett abgebrochen, neu aufgebaut und energietechnisch saniert worden. Es sei ein Parkplatz erstellt worden. Das Gebäude sei zudem mit Strom und Wasser erschlossen; auch ein Kanalisationsanschluss sei erstellt worden. Die Alphütte werde mittels einer Wärmepumpe beheizt. Gemäss dem Fachbericht des LANAT

¹² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

¹³ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

¹⁴ Art. 84 Abs. 4 BauG; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 4. Aufl., Bern 2017, Art. 84 N. 4

¹⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁶ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

¹⁷ Vorakten pag. 86 ff.

vom 25. September 2017 verfüge der Beschwerdeführer in einer Entfernung von ca. 500 m vom Bauvorhaben über eine zweite Alphütte mit Wohnteil (G. _____), welche fremdvermietet werde. Das Bauvorhaben sei daher nicht zonenkonform. Eine Ausnahme nach Art. 24 ff. RPG könne nicht bewilligt werden, da dafür die Voraussetzungen nicht vorlägen.

Der Beschwerdeführer bestritt in seiner Stellungnahme vom 21. November 2017¹⁸, dass die Alphütte ganz abgebrochen wurde. Nach der teilweisen Zerstörung durch einen Föhnsturm sei der vordere Teil der Hütte gestützt auf eine Baubewilligung aus dem Jahr 2005 wieder erstellt worden. Im hinteren Teil mit WC, Eingang und Technikraum seien nach wie vor alle alten Wände vorhanden. Die Parkplätze seien schon immer vorhanden gewesen und lediglich saniert worden. Der Stromanschluss bestehe seit 1989 und die Wasserversorgung seit 1998. Die G. _____ biete Platz für 20 Personen und werde zwecks Erzielung von Mieteinnahmen fremdvermietet, weshalb der Äpler in der hier streitigen Hütte einquartiert werden solle. Bei anderen Projekten in der Gegend würden andere Massstäbe angelegt, diese würden mit positiven Fachberichten bewilligt oder ohne Bewilligung erstellt.

Das AGR hielt in seiner Verfügung vom 7. Juni 2018¹⁹ an seinen sachverhaltlichen Ausführungen, wonach die Alphütte komplett abgebrochen und wieder aufgebaut worden sei, fest, ohne sich mit den Bestreitungen des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen. Im Rahmen der Erwägungen trug es diesen aber Rechnung. Es führte aus, weshalb die Vorbringen zur Geräumigkeit der G. _____ an seiner Ansicht, dass kein neuer landwirtschaftlich begründeter Wohnraum erstellt werden dürfe, nichts änderten. Es prüfte eine mögliche Ausnahme nach Art. 24c RPG ausführlich und kam zum Schluss, dass das Bauvorhaben den Rahmen der zulässigen Erweiterungen von Alphütten überschreite. Zur Begründung führte es an, die gestützt auf die Baubewilligung von 2005 erfolgten Dacherrhöhung, die nach der abschlägigen Stellungnahme des AGR ohne Einholen einer Verfügung des AGR bewilligt worden sei, habe die bauliche Grundstruktur und Substanz verändert. Der Stallteil sei zum Wohn- und Technikraum umgebaut worden. Durch den Einbau einer Heizung könne das Gebäude wesentlich intensiver genutzt werden als bisher. Das AGR stützte demnach seine Beurteilung nicht auf die Annahme, dass die Alphütte komplett abgebrochen und wieder aufgebaut wurde, sondern auf die baulichen Veränderungen am Dach sowie beim Wohn- und beim Technikraum und die neue Heizung. Der Vorwurf, das AGR habe sich nicht mit allen wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt, geht fehl. Entsprechendes gilt auch für den Entscheid der Gemeinde vom 3. Juli 2020. Dieser stützt sich hinsichtlich der verweigerten Anerkennung der Zonenkonformität und der verweigerten Ausnahmbewilligung nach Art. 24 ff. RPG auf die Verfügung des AGR vom 7. Juni 2018 und deren Begründung. Der daraus zwingend folgende Bauabschlag bedurfte keiner weiteren Begründung im Entscheid der Gemeinde.

d) Die Stellungnahme vom 30. August 2018 hat der Beschwerdeführer eingereicht, nachdem das AGR am 7. Juni 2018 bereits verfügt hatte. Dem Beschwerdeführer war das rechtliche Gehör vor Erlass dieser Verfügung gewährt worden. Auf die nach Eröffnung der Verfügung eingereichte Stellungnahme vom 30. August 2018 musste das AGR nicht mehr eingehen. Ausführungen zur Zonenkonformität waren zu diesem Zeitpunkt verspätet. Für die Gemeinde war die Verfügung des AGR verbindlich.²⁰ Sie musste die Stellungnahme vom 30. August 2018 nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit berücksichtigen. Darin liegt keine Gehörsverletzung.

e) Das AGR hat sich in seiner Verfügung vom 7. Juni 2018 auch mit der Baubewilligung aus dem Jahr 2005 auseinandergesetzt. Es hielt fest, dass für den Bestandsschutz nach Art. 24c

¹⁸ Vorakten pag. 90 ff.

¹⁹ Vorakten pag. 111 ff.

²⁰ Art. 84 Abs. 1 BauG; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Band II, 4. Aufl., Bern 2017, Art. 84 N. 2

RPG und Art. 41 f. RPV der Zustand am 1. Juli 1972 massgebend ist. Damit ist es seiner Begründungspflicht genügend nachgekommen.

f) Der Beschwerdeführer machte mit Stellungnahme vom 21. November 2017 sinngemäss einen Gleichbehandlungsanspruch geltend. Der in Art. 8 Abs. 1 BV²¹ und Art. 10 Abs. 1 KV²² enthaltene Grundsatz der Rechtsgleichheit verpflichtet die rechtsanwendenden Behörden, gleiche Sachverhalte mit gleichen relevanten Tatsachen gleich zu behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung.²³ Soweit die Gemeinde die Vergleichsobjekte identifizieren konnte, hat sie an der Besprechung vom 29. Januar 2018²⁴ aufgezeigt, auf welche sachlichen Gründe die Ungleichbehandlung zurückzuführen ist. Der Beschwerdeführer verweigerte eine weitere Substantiierung seiner Rüge.²⁵ Den Behörden war es damit nicht möglich zu prüfen, ob bei anderen Objekten gleiche Sachverhalte unterschiedlich behandelt wurden. Eine Verletzung der Begründungspflicht ist den Vorinstanzen auch in dieser Hinsicht nicht vorzuwerfen.

3. Zonenkonformes Bauen in der Landwirtschaftszone

a) Die Bauparzelle liegt unbestrittenermassen in der Landwirtschaftszone ausserhalb der Bauzonenpläne der Gemeinde Hasliberg.²⁶

Gemäss Art. 16a Abs. 1 RPG sind in der Landwirtschaftszone nur Bauten und Anlagen zonenkonform, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Zonenkonform sind Bauten oder Anlagen, die für die Produktion verwertbarer Erzeugnisse aus Pflanzenbau und Nutztierhaltung oder für die Bewirtschaftung naturnaher Flächen verwendet werden (Art. 34 Abs. 1 RPV²⁷). Die Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (Art. 34 Abs. 4 RPV).

Nachgewiesener Wohnraumbedarf ist daher in erster Linie innerhalb der vorhandenen Bausubstanz zu befriedigen. Soweit Raumreserven in bestehenden Bauten vorhanden sind, gelten Bauvorhaben nicht als nötig im Sinne von Art. 34 Abs. 4 RPV. Ein neuer Bedarf kann insbesondere nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass bestehende Wohnungen an Nichtlandwirte vermietet werden.

Gemäss den Berechnungen des Beschwerdeführers wird die bewohnte Fläche nicht vergrössert, sondern verkleinert.²⁸ Der Wohnraum im Obergeschoss wird mit dem Teilabbruch des Oberschoss-Bodens um knapp 19 m² reduziert.²⁹ Das Obergeschoss ist neu offenbar als Galerie konzipiert. Am Ort des abgebrochenen Obergeschoss-Bodens befindet sich nun freier Luftraum über dem Erdgeschoss.³⁰

²¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²² Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

²³ Statt vieler BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen; VGE 2016/242 vom 8. Juni 2017 E. 5.3; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2014, § 23 N. 11 f.

²⁴ Vorakten pag. 104 ff.

²⁵ Vorakten pag. 102

²⁶ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde vom 28. August 2020

²⁷ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

²⁸ Vorakten pag. 14, vgl. auch Beschwerde S. 9

²⁹ Vorakten pag. 14

³⁰ Vgl. Vorakten pag. 40 ff.

Im Erdgeschoss werden auf einer Fläche von gesamthaft 9,63 m² ein neuer Technikraum und ein Badezimmer mit WC und sanitären Anlagen erstellt.³¹ Auf dem Grundrissplan des Erdgeschosses ist der grössere Teil des Erdgeschosses (27,29 m²) mit "als Wohnraum bestehend genutzte Fläche" markiert.³² Diese Darstellung lässt sich mit den Plänen des Baubewilligungsverfahrens 23/2005 betreffend Sanierung und Erhöhung des Dachs nicht ganz vereinbaren. Gemäss jenen wird der Grundriss des Erdgeschosses zum grösseren Teil mit dem "Stall" belegt (rund 28 m²) und zum kleineren Teil mit dem "Stubeli" (rund 23,50 m²). Nimmt man dies als Referenzwert, so beträgt der Wohnraumzuwachs im Erdgeschoss rund 13,45 m² (rund 3,80 m² Differenz zum "Stubeli" gemäss Baubewilligungsakten 23/2005 plus 9,63 m² Technikraum und Badezimmer). Mit der Verkleinerung des Obergeschosses resultiert auch bei dieser Berechnungsweise eine Verkleinerung des Wohnraums. Es kann daher offen bleiben, ob Technikraum und Badezimmer überhaupt als Wohnraum zu rechnen sind.³³

b) Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, mit dem Bauvorhaben werde demnach kein neuer, landwirtschaftlich begründeter Wohnraum erstellt. Die Erwägung des AGR, wonach bei Fremdvermietung anderen für den Äpler geeigneten Wohnraums – d.h. hier der G. _____ – kein neuer, landwirtschaftlich begründeter Wohnraum erstellt werden dürfe, gehe daher fehl.

Das nachträgliche Baugesuch betrifft innere Umgestaltungen der bestehenden Alphütte, die eine deutliche Komfortsteigerung bewirken. Bauliche Änderungen im Gebäudeinneren sind baubewilligungspflichtig, wenn das Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone liegt und geeignet ist, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem es zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändert, die Erschliessung belastet oder die Umwelt beeinträchtigt (Art. 7 Abs. 1 BewD³⁴). Entscheidend ist dabei nicht die von der Bauherrschaft subjektiv beabsichtigte Nutzung, sondern es ist auf die objektive Eignung der betreffenden baulichen Vorkehr abzustellen.³⁵

Mit dem Einbau eines WCs und weiterer sanitärer Einrichtungen mit Kanalisationsanschluss, der Einrichtung eines Technikraums mit einer Wärmepumpenheizung mit Warmwasseraufbereitung für Duschen und Kochen bzw. Abwasch³⁶ und der Verbesserung der Isolation wird die ursprünglich sehr einfach ausgestattete Alphütte auf einen Komfortstandard gebracht, der geeignet ist, die Nutzungsordnung zu beeinflussen. Insbesondere kann die Alphütte nunmehr auch ausserhalb der Sömmerungszeit bewohnt werden und eignet sich – unabhängig von entsprechenden Absichten des Beschwerdeführers – auch für eine Fremdvermietung. Dass die Heizleistung gemäss den Angaben des Beschwerdeführers im Winter nur für eine leichte Temperierung ausreicht, ändert nichts daran, dass die Eignung auf neue Nutzungsarten ausgedehnt wurde. Vielmehr zeigt gerade auch die Möglichkeit einer ganzjährigen Temperierung, dass die Nutzungsmöglichkeiten über die Unterbringung des Äplers während der Sömmerungszeit weit hinausgehen.

c) Die Bewilligung eines solchen Bauvorhabens in der Landwirtschaftszone setzt voraus, dass die fragliche Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (Art. 34 Abs. 4 Bst. a RPV).

³¹ Vorakten pag. 14, pag. 12

³² Vorakten pag. 13, vgl. auch pag. 14

³³ Vgl. Beschwerde S. 11

³⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

³⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_446/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2

³⁶ Vgl. Beschwerde S. 8

Der Beschwerdeführer betreibt einen landwirtschaftlichen Betrieb mit Mutterkühen, die auf dem Oberstafel Mägisalp gesömmert werden.³⁷ Er hat eine Bestätigung des Alpvogts der Alpgenossenschaft Mägisalp eingereicht, wonach die Alpfung des Betriebs des Beschwerdeführers einen Aufwand von rund 460 Stunden verursache. Danach hat dieser in den letzten Jahren der Familie des Beschwerdeführers viele Arbeiten abgenommen. Dies sei künftig aber aus Kapazitätsgründen kaum mehr möglich, und er würde es begrüßen, wenn die Familie des Beschwerdeführers die Bewirtschaftung der Alprechte selber vornehmen könnte.³⁸

Für eine Sömmerng bleibt der Hirt rund 100 Tage auf der Alp.³⁹ Auch das AGR geht davon aus, dass eine Alpunterkunft, die für die Sömmerng benötigt wird, zonenkonform ist. Nähere Abklärungen dazu erübrigen sich daher.

d) Das AGR verneinte die Notwendigkeit des Bauvorhabens für die in Frage stehende Bewirtschaftung, also für die Sömmerng der Tiere des Beschwerdeführers, weil der Beschwerdeführer mit der rund 500 m entfernten G._____ über anderen geeigneten Wohnraum verfüge. Dass sich dieser nach Ansicht des Beschwerdeführers zur Vermietung an Dritte eigne, sei irrelevant. Bestehender Wohnraum, der zur ordentlichen Bewirtschaftung erforderlich sei, müsse der Landwirtschaft vorbehalten bleiben.

Die G._____ (E._____ I._____; Parzelle Nr. H._____ / Baurecht Nr. F._____) liegt rund 220 m östlich der hier streitigen Alphütte (E._____) und befindet sich ebenfalls im Eigentum des Beschwerdeführers. Im Grundstücksdaten-Informationssystem Grudis ist sie als "Alphütte" bezeichnet. Der Beschwerdeführer führt aus, bei der G._____ handle es sich nicht um eine klassische Alphütte. Das Regierungsstatthalteramt Oberhasli habe mit Gesamtbauentscheid vom 23. September 1996 eine gewerbliche Nutzung dieses Gebäudes bewilligt und dieses sei entsprechend gebaut worden. Der Stallteil diene landwirtschaftlichem Zweck. Der Wohnteil der G._____ sei nie für die Alpwirtschaft erstellt worden, sondern für den bewilligten Gastbetrieb. Daher könne nicht verlangt werden, dass die landwirtschaftliche Nutzung der Sennhütte in die G._____ umgelagert werde.

Die vom Rechtsamt eingeholten Baubewilligungsakten für die G._____ zeichnen ein anderes Bild. Nach diesen bewilligte das Regierungsstatthalteramt am 30. Juni 1995 dem damaligen Eigentümer den "teilweisen Abbruch der Alphütte, Gebäude Nr. I._____, und vergrößerter Wiederaufbau" aufgrund seines Baugesuches vom 28. Dezember 1994.⁴⁰ Gemäss den Plänen war die Hütte davor eingeschossig und verfügte nebst "Schopf", "Hängeler" und einem als "Hütte" bezeichneten Raum nur über ein knapp 9 m² grosses "Stubeli". Mit dem im Jahr 1995 bewilligten Projekt wurde das "Stubeli" im Erdgeschoss auf über 20 m² vergrössert und im Dachgeschoss ein Zimmer eingebaut. Zudem wurde ein Badezimmer mit WC und Dusche erstellt. Die vergrösserte Hütte verfügt ausserdem über einen Kuhstall, einen Milchraum und einen als "Hütte" bezeichneten Raum, der offenbar als Küche dient.⁴¹ Das Vorhaben umfasste auch die Erstellung einer neuen Jauchegrube. Auf dem Baugesuch hatte der Bauherr als Zweckbestimmung (Art des Gewerbes) vermerkt: "Alpwirtschaft".⁴² Mit Gesamtbauentscheid vom 23. September 1996 bewilligte das Regierungsstatthalteramt die "teil- und zeitweise Umnutzung der sich im Bau befindlichen Alphütte, Gebäude Nr. I._____, in eine Gastwirtschaft mit Terrassenbetrieb (Winter)".⁴³ Die G._____ ist demnach als eine der Alpwirtschaft dienende Alphütte bewilligt, in der im Winter

³⁷ Vorakten pag. 81

³⁸ Beschwerdebeilage 10

³⁹ Vgl. <https://www.agrarbericht.ch/de/betrieb/strukturen/soemmerungsbetriebe>; Beschwerde S. 5, S. 7

⁴⁰ Baubewilligungsakten Nr. 69/1994, pag. 1

⁴¹ Vgl. Vorakten pag. 6

⁴² Baubewilligungsakten Nr. 69/1994, pag. 18

⁴³ Beschwerdebeilage 11

eine Gastwirtschaft mit Terrassenbetrieb betrieben werden darf. Soweit ersichtlich, wurde die derzeitige Nutzung zur Fremdvermietung an Nichtlandwirte im Sommer und Winter,⁴⁴ offenbar an bis zu 20 Personen gleichzeitig,⁴⁵ nie bewilligt.

e) In der Landwirtschaftszone muss bestehender Wohnraum, der zur ordnungsgemässen Bewirtschaftung erforderlich ist, der landwirtschaftlichen Nutzung vorbehalten bleiben.⁴⁶ Die G._____, die der Beschwerdeführer an Dritte fremdvermietet, eignet sich ohne weiteres für die Unterbringung des Älplers während der Sömmerungszeit, zumal sich diese Nutzung mit dem Gastwirtschaftsbetrieb im Winter nicht überschneidet.

Der Beschwerdeführer verfügt mit der G._____ demnach über Wohnraumreserven, welche den Bedarf für die Unterbringung des Älplers während der Sömmerungszeit abdecken. Das Bauvorhaben, mit dem die Alphütte E._____ mit Komfortsteigerungen ertüchtigt werden soll, ist für die in Frage stehende Bewirtschaftung (Sömmerung der Kühe) nicht nötig. Es ist daher nicht zonenkonform.

4. Bestandesschutz

a) Für den Fall, dass das Bauvorhaben als nicht zonenkonform beurteilt wird, beruft sich der Beschwerdeführer auf Art. 24c RPG. Nach dieser Bestimmung werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Art. 24c Abs. 1 RPG). Solche Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind (Art. 24c Abs. 2 RPG). Diese Bestimmungen gelten auch für landwirtschaftliche Wohnbauten sowie angebaute Ökonomiegebäude, die rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugebietes im Sinne des Bundesrechts wurde (Art. 24c Abs. 3 RPG). Sie gelten auch für landwirtschaftliche Temporärwohnbauten wie die hier streitige Alphütte. Die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung bleibt vorbehalten (Art. 24c Abs. 5 RPG).

b) Eine Änderung gilt als teilweise und eine Erweiterung als massvoll, wenn die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt (Art. 42 Abs. 1 RPV). Ob die Identität der Baute oder Anlage im Wesentlichen gewahrt bleibt, ist unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Die Änderung darf nur von untergeordneter Natur sein. Die Wesensgleichheit muss hinsichtlich Umfang, äusserer Erscheinung sowie Zweckbestimmung gewahrt werden.⁴⁷ Art. 42 Abs. 3 RPV legt diesbezüglich Regeln fest, die in jedem Fall zu beachten sind. Insbesondere dürfen bauliche Veränderungen keine wesentlich veränderte Nutzung ursprünglich bloss zeitweise bewohnter Bauten ermöglichen (Art. 42 Abs. 3 Bst. c RPV).

Massgeblicher Vergleichswert ist der Zustand, in dem sich die Baute im Zeitpunkt der Zuweisung zum Nichtbaugebiet (rechtmässig) befand (vgl. Art. 42 Abs. 2 RPV). Als Stichtag gilt vorliegend das Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes⁴⁸ am 1. Juli 1972. Damit wurde erstmals eine klare Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet vorgenommen.

⁴⁴ Vgl. Vorakten pag. 81

⁴⁵ Vgl. Vorakten pag. 89

⁴⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Band II, Art. 80 N. 14

⁴⁷ BGer 1C_312/2016 vom 3. April 2017 E. 2.2, 3.1 und 3.2 mit Hinweisen, in ZBI 2018 S. 314 ff.

⁴⁸ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (aGSchG; AS 1972 I 950)

Für die Beurteilung, ob die Identität der Baute im Wesentlichen gewahrt ist, ist demnach nicht das Ausmass der Änderungen entscheidend, die im Baugesuch umschrieben sind. Vielmehr ist der mit dem Bauvorhaben resultierende Zustand mit dem rechtmässigen Bestand am 1. Juli 1972 zu vergleichen. Der nach Art. 24c RPG und Art. 41 f. RPV zulässige Rahmen ist gewahrt, sofern dieser Vergleich ergibt, dass die Identität der Baute im Wesentlichen gewahrt ist.⁴⁹

Massgebend ist demnach auch vorliegend nicht, inwiefern der Wohnraum mit dem Bauvorhaben gegenüber dem davor bestehenden Zustand verändert wird. Vielmehr ist die mit dem Bauvorhaben resultierende Situation mit dem Zustand am 1. Juli 1972 zu vergleichen.⁵⁰ Dies gilt nicht nur hinsichtlich Geschossflächen- und Volumenerweiterungen (Art. 42 Abs. 3 Bst. a und b RPV), sondern auch hinsichtlich der Frage, ob im Sinne von Art. 42 Abs. 3 Bst. c RPV mit baulichen Massnahmen eine wesentlich veränderte Nutzung der ursprünglichen Temporärwohnbaute ermöglicht wird. Auch diesbezüglich ist der mit dem Bauvorhaben resultierende Zustand mit dem Zustand am 1. Juli 1972 zu vergleichen. Dies gilt unabhängig von der Rechtmässigkeit der zwischenzeitlich erfolgten Veränderungen. Namentlich hat die formelle Rechtmässigkeit einer Dacherhöhung von maximal 30 cm gemäss Baubewilligung von 2005 – soweit die entsprechende Baubewilligung nicht ohnehin nichtig ist⁵¹ – lediglich zur Folge, dass sie als res iudicata nicht mehr in Frage gestellt werden und insbesondere nicht mehr Gegenstand einer Wiederherstellungsanordnung bilden kann. Sie bewirkt aber nicht, dass die Identität der Baute am im Jahr 2005 bewilligten Zustand gemessen wird.

c) Mit der Dachanhebung gestützt auf die Baubewilligung von 2005 wurde die ehemals sehr niedrige, über keine Kniewand verfügende Schlafstätte im Dachgeschoss⁵² angehoben⁵³, so dass es nunmehr möglich war, im Dachgeschoss aufrecht zu stehen.⁵⁴ Die so geschaffene Geschossfläche von rund 47 m² wurde mit dem hier streitigen Bauvorhaben wieder um knapp 19 m² reduziert, indem ein Teil des Obergeschoss-Bodens entfernt wurde und dort nun freier Luftraum über dem Erdgeschoss ist.⁵⁵ Die Fläche des Obergeschosses beträgt seither noch 28 m². Im Verhältnis zum Zustand am 1. Juli 1972 ist von einer Wohnraumerweiterung auszugehen⁵⁶, da das Dachgeschoss vor der Dacherhöhung im Jahr 2005 so niedrig war, dass man sich darin nicht aufrecht bewegen konnte; die Raumhöhe betrug überall weniger als 1,50 m. Mit der Baubewilligung von 2005 wurde eine Dacherhöhung um 30 cm bewilligt. Damit bestünde nun im Obergeschoss eine 30 cm hohe Kniewand und die Raumhöhe betrüge auf einem rund 0,80 m breiten Streifen unter dem Giebel mehr als 1,50 m.⁵⁷ Nach der Verkleinerung des Dachgeschosses im Zuge des streitigen Bauvorhabens ergäbe sich eine Obergeschoss-Fläche von 4,40 m² mit mindestens 1,50 m Raumhöhe. Auf der Fotodokumentation in den Vorakten⁵⁸ ist allerdings ersichtlich, dass die Kniewand im Obergeschoss deutlich höher als 30 cm ist. Mutmasslich wurde das Dach entsprechend der ursprünglichen Absicht⁵⁹ und in Überschreitung des Baubewilligung 23/2005 vom 4. November 2005 um ca. 1,10 m angehoben. Dementsprechend ist die Geschossfläche im Obergeschoss mit mindestens 1,50 m Raumhöhe deutlich grösser als die bewilligungsgemässen rund 4,40 m², und auch die Wohnraumerweiterung im Verhältnis zum Zustand am 1. Juli 1972 fällt entsprechend grösser aus.

⁴⁹ Vgl. Zaugg/Ludwig, Bd. II, Art. 81 N. 20 und 23

⁵⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_415/2014 vom 1. Oktober 2015 E. 3.7

⁵¹ Vgl. BGE 111 Ib 213 E. 5

⁵² Baubewilligungsakten Nr. 23/2005, pag. 7

⁵³ Baubewilligungsakten Nr. 23/2005, Projektplan vom 9. Juni 2004 im Mst. 1:50, Ansicht West

⁵⁴ Beschwerde S. 12

⁵⁵ Vorakten pag. 14 ff.

⁵⁶ Vgl. BDE 110/2014/73 E. 3f

⁵⁷ Baubewilligungsakten Nr. 23/2005, Projektplan vom 9. Juni 2004 im Mst. 1:50, Ansicht West

⁵⁸ Vorakten pag. 35 ff.

⁵⁹ Vgl. Vorakten pag. 7 bzw. Baubewilligungsakten Nr. 23/2005 pag. 7

Im Jahr 1989 wurde die Alphütte an die Stromversorgung angeschlossen und im Jahr 1998 an die Wasserversorgung.⁶⁰ Mit dem vorliegenden Bauvorhaben wurde das Gebäude besser isoliert, es wurde eine Wärmepumpen-Heizung mit Warmwasseraufbereitung installiert, WC und Dusche wurden eingebaut und an eine Kanalisationsleitung angeschlossen. Der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 29. Oktober 2020 und der Fotodokumentation in den Vorakten⁶¹ lässt sich entnehmen, dass auch die Küche modernisiert wurde. Ferner wurden gekofferte Parkplätze für zwei Fahrzeuge erstellt. Der Beschwerdeführer macht geltend, der bereits bestehende Aussenbereich für das Abstellen von zwei Fahrzeugen sei bloss frisch eingekoffert worden.⁶² Das Rechtsamt hat mit Verfügung vom 8. Oktober 2020 zwei Luftbilder von Swisstopo aus den Jahren 2015 und 2016 als Beweismittel zum Verfahren beigezogen. Auf dem Luftbild des Jahres 2015 sind bei der Hütte des Beschwerdeführers (E._____, BR D._____) keine Umgebungsveränderungen erkennbar. Um die Hütte herum und insbesondere auch zwischen der Hütte und der Strasse ist Grasland sichtbar. Demgegenüber ist auf dem Luftbild aus dem Jahr 2016 vor der östlichen Schmalseite der Hütte eine hellere Fläche erkennbar, die an die Strasse anschliesst. Dort befindet sich gemäss der Fotodokumentation in den Vorakten⁶³ nunmehr ein befestigter Parkplatz, auf dem zwei Fahrzeuge abgestellt werden können. Es ist anzunehmen, dass dieser Parkplatz in der Zeit zwischen 2015 und 2016 erstellt wurde. Jedenfalls war er am 1. Juli 1972 noch nicht vorhanden und folglich in die Beurteilung, ob die Identität der Baute im Wesentlichen gewahrt ist, einzubeziehen.

d) Es ist offensichtlich, dass mit den dargelegten Veränderungen seit 1. Juli 1972 einschliesslich des Bauvorhabens die Identität der Alphütte nicht mehr gewahrt ist. Alphütten sind Temporärwohnbauten, welche traditionell nur zeitweise, in den Sommermonaten, genutzt werden. Bei diesen kann kein Anspruch auf zeitgemässes Wohnen geltend gemacht werden.⁶⁴ Sie verlieren ihre Identität mit baulichen Massnahmen, die eine andere Nutzung ermöglichen als die temporäre Nutzung während der Sömmerungszeit.

Eine wesentlich veränderte Nutzung im Sinne von Art. 42 Abs. 3 Bst. c RPV ist insbesondere in einer Winternutzung oder einer Nutzung als Dauerwohnsitz zu erblicken; auch die Vermietung als Ferienwohnung stellt eine wesentlich veränderte Nutzung dar.⁶⁵ Ausschlaggebend ist nicht, ob der Bauherr entsprechend Absichten hegt. Vielmehr ist entscheidend, ob die baulichen Veränderungen eine solche Nutzungsänderung ermöglichen.

Dies ist vorliegend klar zu bejahen. Zwar macht der Beschwerdeführer geltend, die Heizleistung der Wärmepumpe reiche im Winter nur für eine frostsichere Temperierung.⁶⁶ Nach ihrer Zweckbestimmung wird eine Alphütte nur in der warmen Jahreszeit benutzt. Das Heizen bzw. Temperieren während der rund 250 Tage im Jahr, in denen sie nicht benutzt wird, wäre unter ökologischen Gesichtspunkten sehr fragwürdig. Auf elektronische Geräte, die eine ganzjährige Temperierung erfordern, kann in einer Alphütte bei bestimmungsgemässer Nutzung ohne weiteres verzichtet werden. Bei einer identitätswahrenden Nutzung der Alphütte ist eine frostsichere Temperierung, die hier offenbar für die gesamte kalte Jahreszeit vorgesehen ist, unnötig.

⁶⁰ Vorakten pag. 89; Beschwerde S. 6

⁶¹ Vorakten pag. 44

⁶² Beschwerde S. 6 oben

⁶³ Vorakten pag. 57 ff., pag. 79 f.

⁶⁴ BSIG Nr. 7/721.0/14.4 vom 18. Dezember 2017 betreffend Möglichkeiten zum Ausbau, zur Umnutzung und Abarzellierung von temporär genutzten landwirtschaftlichen Bauten mit Wohnteil (Alphütten, Weidhäuser, Sömmerungsbetriebe, Vorsässe ...) ausserhalb der Bauzonen, Ziff. 2.1

⁶⁵ BSIG Nr. 7/721.0/14.4 vom 18. Dezember 2017, Ziff. 2.1

⁶⁶ Beschwerde S. 12

Die Einrichtung der Heizung bildet zudem nur eine von zahlreichen seit 1972 erfolgten Komfortsteigerungen, die in ihrer Gesamtheit zu betrachten sind. Gemäss der einschlägigen BSIG-Weisung⁶⁷ ermöglichen eine energetische Sanierung, der Einbau einer Heizung sowie auch eine erweiterte Erschliessung mit Strom, Wasser und Abwasser eine Nutzungsänderung, welche die Identität als Alphütte sprengt. Vorliegend wurden mehrere solche Veränderungen, nebst weiteren Komfortsteigerungen (Ausbau Dachstock, Einbau WC und weiterer sanitärer Einrichtungen, Parkplätze) vorgenommen.

Die Komfortsteigerungen seit 1. Juli 1972 einschliesslich des streitigen Bauvorhabens ermöglichen eine Wohnnutzung auch ausserhalb der Sömmerungszeit und eine Vermietung an Dritte, insbesondere als Ferienwohnung. Die Identität der Alphütte wird damit verändert (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. c RPV) und der Rahmen einer nach Art. 24c Abs. 2 RPG zulässigen Veränderung gesprengt. Das AGR hat zu Recht eine entsprechende Ausnahmegewilligung verweigert.

Der Beschwerdeführer beantragt mit seinem Eventualbegehren, es sei eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG zu erteilen. Er legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, dass die Voraussetzungen einer anderen Ausnahmemöglichkeit nach Art. 24 ff. RPG erfüllt sind.

e) Das zonenwidrige Bauvorhaben erfüllt keine der Ausnahmenvoraussetzungen nach Art. 24 ff. RPG und kann nicht bewilligt werden.

Bei dieser Beurteilung wird davon ausgegangen, dass die Alphütte entsprechend den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht komplett abgebrochen und neu aufgebaut wurde, sondern die oben aufgeführten Veränderungen an der bestehenden Hütte vorgenommen wurden. Die BVD stützt sich diesbezüglich auf die Angaben des Beschwerdeführers und die zum Verfahren gehörigen und beigezogenen Akten. Das Vorhaben hat sich unter diesen Voraussetzungen als nicht bewilligungsfähig erwiesen. Auf die vom Beschwerdeführer offerierten Beweise dafür, dass kein Abbruch und Wiederaufbau der Hütte erfolgt sei (Partei- und Zeugenbefragung, Augenschein⁶⁸), kann unter diesen Umständen verzichtet werden. Auch die beantragte Einholung einer schriftlichen Auskunft der Strom- und Wasserlieferanten ist nicht nötig, da betreffend Zeitpunkt und Umstände dieser Anschlüsse auf die Angaben des Beschwerdeführers abgestellt wird.

f) Der Beschwerdeführer erklärt, er habe das im angefochtenen Entscheid, Dispositivziffer 3 verhängte Zweckentfremdungsverbot nicht angefochten. Er sei bereit, ein solches Zweckentfremdungsverbot als Auflage zu einer Baubewilligung zu akzeptieren.

Ausnahme- und Baubewilligungen können mit Bedingungen oder Auflagen verknüpft werden (Art. 29 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 3 BauG⁶⁹). Auflagen sind Pflichten, die mit einer Baubewilligung verbunden sind. Die Nichterfüllung einer Auflage berührt die Geltung der Baubewilligung nicht, kann aber baupolizeiliche Massnahmen – insbesondere die Ersatzvornahme – und Bestrafung nach sich ziehen.⁷⁰

Wenn ein Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen klar nicht entspricht, kann der Mangel nicht mit einer Auflage geheilt werden. Auflagen zu einer Baubewilligung kommen nur bei Bauvorhaben in Betracht, die je nach ihrer Gestaltung oder Einrichtung oder je nach der Art der

⁶⁷ BSIG Nr. 7/721.0/14.4 vom 18. Dezember 2017, Ziff. 2.1

⁶⁸ Beschwerde S. 6

⁶⁹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁷⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Band I, Bern 2020, Art. 29 N. 1

Nutzung oder Betriebsführung gesetzeskonform oder gesetzwidrig sein können. Bedingungen und Auflagen sind in solchen Fällen das Mittel dazu, die gesetzwidrigen Auswirkungen zu verhindern. Insoweit sind sie gegenüber der Alternative des Bauabschlags das mildere Mittel.⁷¹

Die BSIG-Weisung Nr. 7/721.0/14.4 sieht vor, dass die Umnutzung zu nicht landwirtschaftlichen Wohnzwecken mit einem Zweckentfremdungsverbot bzw. einer Nutzungseinschränkung im Grundbuch anzumerken ist. Damit wird die entsprechende Nutzungseinschränkung mit deklaratorischer Wirkung festgehalten und auch für Dritte, namentlich gutgläubige Erwerber, erkennbar gemacht.⁷² Eine solche Auflage eignet sich aber nicht, um die Widerrechtlichkeit des hier streitigen Vorhabens zu heilen. Nach dem Gesagten überschreiten die Baumassnahmen das zulässige Mass, weil sie eine wesentliche veränderte Nutzung ermöglichen, und zwar unabhängig davon, ob diese Nutzung auch beabsichtigt oder ausgeübt wird. Ein Zweckänderungsverbot könnte daher die Rechtmässigkeit nicht herstellen. Dieses könnte von der Baubewilligungsbehörde auch nicht mit zumutbarem Aufwand kontrolliert werden und wäre auch aus diesem Grund zur Gewährleistung der rechtmässigen Nutzung ungeeignet.

Die Baubewilligung kann demnach auch nicht mit einem Zweckentfremdungsverbot erteilt werden.

5. Wiederherstellung

a) Nach dem Gesagten sind die Verfügung des AGR vom 7. Juni 2018 und der Bauabschlag gemäss Dispositivziffer 1 des Entscheids der Gemeinde Hasliberg vom 3. Juli 2020 zu bestätigen.

Nach Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG entscheidet die Baubewilligungsbehörde im Falle des Bauabschlags zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Die Gemeinde hat in Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheids auf die Anordnung einer baulichen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet. Sie hat ein Zweckentfremdungsverbot angeordnet, wonach die Hütte nur während der Alpsommerzeit (ab Osterdienstag bis Ende Oktober) durch den Äpler oder den Baurechtnehmer, jeweils mit Familie, genutzt werden darf und eine Winternutzung während der Skisaison zwischen November und Ostern verboten ist.

Das Rechtsamt hat den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 8. Oktober 2020 mitgeteilt, dass die BVD für den Fall der Bestätigung des Bauabschlags in Betracht ziehe, bauliche Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen. Der Beschwerdeführer hielt mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2020 an seiner Beschwerde fest. Er machte geltend, dass Dispositivziffer 2 des Entscheids der Gemeinde vom 3. Juli 2020 in Rechtskraft erwachsen sei. Der Beschwerdeführer habe zudem in gutem Glauben gehandelt. Die voraussichtlichen Wiederherstellungskosten von Fr. 50'000.– seien ihm nicht zuzumuten. Es fehle an gewichtigen öffentlichen Interessen an einer baulichen Wiederherstellung. Vielmehr sei zu befürchten, dass die Alphütte in einem solchen Fall verlottern würde. Es würde sich kein Äpler finden, der bereit sei, ohne Warmwasser und Innentoilette auf der Alp zu verweilen und die Kühe zu betreuen. Eine Wiederherstellung wäre daher unverhältnismässig. Als mildere Massnahme käme ein Benützungsverbot für den Winter mit Strafandrohung in Frage. Anstelle des Herausreissens des Bodens mit Bodenheizung könne das Verstopfen der Leitungen angeordnet werden.

Das Rechtsamt teilte den Beteiligten mit Verfügung vom 13. November 2020 mit, im Falle der Bestätigung des Bauabschlags werde folgende Anordnung in Betracht gezogen:

⁷¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Band I, Bern 2020, Art. 38-39 N. 15a

⁷² Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 29 N. 8

"Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf Parzelle Hasliberg Grundbuchblatt Nr. H._____ / Baurecht Nr. D._____ bis 30. April 2021 das WC, die sanitären Anlagen sowie die technischen Anlagen im Technikraum vollständig zu entfernen und die entsprechenden Leitungen zu plombieren."

Die Beteiligten erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Gemeinde hielt mit Stellungnahme vom 14. Dezember 2020 an ihrer Auffassung fest, wonach auf bauliche Wiederherstellungsmassnahmen zu verzichten sei. Das von ihr angeordnete Zweckentfremdungsverbot sei eine geeignete Massnahme. Bei der Festsetzung der Wiederherstellungsfrist müsse der Höhenlage (1'850 m.ü.M.) im Hinblick auf Schnee bzw. Zugänglichkeit Rechnung getragen werden. Eine Wiederherstellung innert einer Frist bis 30. April 2021 sei nicht umsetzbar. Auch der Beschwerdeführer hielt mit Stellungnahme vom 16. Dezember 2020 an seiner Auffassung fest. Er ergänzte, dass auf 2'000 Metern Höhe auch im Sommer eine Heizung mit Warmwasseraufbereitung im Wohnbereich nötig sei. Die Temperierung der Alphütte im Winter sei nötig, damit die elektronischen Geräte nicht kaputt gingen. Ohne sanitäre Anlagen, Warmwasser und WC sei die Alphütte als solche gar nicht mehr nutzbar.

b) Die freie Überprüfungsbefugnis der BVD gemäss Art. 40 Abs. 3 Satz 2 BauG erstreckt sich auf die Frage der Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens, nicht jedoch auf die Frage einer allfälligen Wiederherstellungsanordnung nach Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG.⁷³ Diesbezüglich richtet sich die Überprüfungsbefugnis nach Art. 73 VRPG. Sie beschränkt sich demnach auf den Streitgegenstand des Verfahrens. Zu Ungunsten der beschwerdeführenden Partei darf die angefochtene Verfügung oder der angefochtene Beschwerdeentscheid nur wegen Rechtsverletzung, nicht aber wegen Unangemessenheit geändert werden (Art. 73 Abs. 1 VRPG; sogenannte *reformatio in peius*). Beabsichtigt die Beschwerdeinstanz eine *reformatio in peius*, muss sie dazu vorgängig das rechtliche Gehör gewähren (Art. 73 Abs. 2 VRPG).

Die Fragen, ob und welche von verschiedenen möglichen Wiederherstellungsmassnahmen anzuordnen sind bzw. ob und inwiefern auf die Anordnung von baulichen Wiederherstellungsmassnahmen verzichtet werden kann, stellen Rechtsfragen dar.⁷⁴ Die Kognition der BVD erstreckt sich demnach auch auf diese Fragen.

So lange die Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens noch Gegenstand eines hängigen Verfahrens bildet, kann nicht bereits rechtskräftig über die Wiederherstellung bzw. den Verzicht auf die Wiederherstellung entschieden sein.⁷⁵ Die Fragen der Bewilligungsfähigkeit und einer allfälligen Wiederherstellungsanordnung nach Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG sind im vorliegenden Verfahren noch hängig und die BVD hat darüber zu befinden.

c) Die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen 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.⁷⁶ Grundsätzlich sind diejenigen Bauten oder Bauteile, die nicht bewilligungsfähig sind, zu beseitigen. Ein blosses Benützungsverbot genügt in der Regel nicht, da ein solches auf Dauer meist nur mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand kontrollierbar und durchsetzbar ist. Wo es möglich ist, sind objektive Tatsachen zu schaffen, die eine rechtswidrige Nutzung

⁷³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 40-41 N. 11a und Art. 49 N. 4

⁷⁴ BVR 1992 S. 19 E. 4; Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 66 N. 43

⁷⁵ Vgl. BDE 120/2017/14 E. 5b

⁷⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

verunmöglichen oder jedenfalls erheblich erschweren. Sind an sich zulässige Räumlichkeiten einer unrechtmässigen Nutzung zugeführt worden, sind sie durch wirksame bauliche Massnahmen für diese Nutzung unbrauchbar zu machen.⁷⁷

Das von der Gemeinde in Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung vom 3. Juli 2020 angeordnete Zweckentfremdungsverbot genügt demnach nicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Es könnte nur mit unverhältnismässigem Aufwand kontrolliert werden, zumal sich die Alphütte weit ausserhalb des Siedlungsgebiets befindet und gemäss Stellungnahme der Gemeinde vom 14. Dezember 2020 während der Winterhalbjahrs schwer zugänglich ist. Weder die von der Gemeinde angeordnete Anmerkung im Grundbuch noch die vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Strafandrohung für den Widerhandlungsfall⁷⁸ sind geeignet, das Problem des unverhältnismässigen Kontrollaufwands zu beheben. Vielmehr müssen objektive Tatsachen geschaffen werden, welche eine unzulässige Nutzung, die mit den widerrechtlichen Baumassnahmen ermöglicht wird, vereiteln.

d) Der Beschwerdeführer erachtet die in Betracht gezogenen Anordnungen als unverhältnismässig, weil in der Alphütte noch genügend Komfort für einen Sömmernaufenthalt durch einen Äpler und seine Familie verbleiben müsse. Der Beschwerdeführer verfügt jedoch mit der G._____ über anderen für einen Äpler geeigneten Wohnraum. Der Bedarf nach Wohnraum für den Äpler ist demnach anderweitig abgedeckt und spricht nicht gegen die Verhältnismässigkeit einer Entfernung von WC, sanitären Anlagen und Heizung aus der Alphütte E._____.

Dem Beschwerdeführer ist entgegen seinen Ausführungen in der Stellungnahme vom 29. Oktober 2020 auch kein guter Glaube zugute zu halten. Auf guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte. Angesichts von Art und Umfang der baulichen Veränderungen durfte der Beschwerdeführer hier nicht davon ausgehen, dass diese baubewilligungsfrei seien. Der Ausbau steht in keinem Verhältnis zur angeblich beabsichtigten landwirtschaftlichen Nutzung. Unter anderem ist die ganzjährige Temperierung – angeblich zum Schutz elektronischer Geräte, die nur während 100 Tagen in der warmen Jahreszeit überhaupt gebraucht werden⁷⁹ – für eine Nutzung als Alphütte offensichtlich übertrieben. Der Beschwerdeführer ist im baurechtlichen Sinn als bösgläubig zu betrachten. Die Entfernung von WC und sanitären Anlagen sowie der technischen Anlagen im Technikraum und die Plombierung der entsprechenden Leitungen ist ihm ohne weiteres zuzumuten.

e) Der Beschwerdeführer äussert sich nicht zur Wiederherstellungsfrist. Die Gemeinde weist in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2020 darauf hin, dass die vorgesehene Frist bis 30. April 2021 zur Umsetzung der angeordneten Massnahmen nicht angemessen sei. Bei der Festlegung der Umsetzungsfrist müsse die Höhenlage (1'850 m.ü.M., Schnee, Zugänglichkeit usw.) berücksichtigt werden. Dies leuchtet ein. Die Umsetzungsfrist ist so anzusetzen, dass dem Beschwerdeführer genügend Zeit zur Vorbereitung (Einholen von Offerten, Auftragserteilung, Entfernung persönlicher Gegenstände etc.) und Umsetzung (Bauarbeiten) zur Verfügung steht. Dafür erscheint eine Frist von rund drei Monaten als angemessen. Bereits für die Vorbereitungshandlungen muss die Hütte wohl zugänglich sein. Gestützt auf die Formulierung des von der Gemeinde verhängte Zweckentfremdungsverbots ist davon auszugehen, dass die Hütte in der Regel ab Osterdienstag zugänglich ist. Der Osterdienstag fällt heuer auf den 6. April 2021. Daher erscheint eine Wiederherstellungsfrist bis 15. Juli 2021 als angemessen.

⁷⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10

⁷⁸ Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 29. Oktober 2020 S. 3

⁷⁹ Beschwerde S. 8

6. Ergebnis und Kosten

- a) Die Rügen des Beschwerdeführers haben sich als unbegründet erwiesen. Die Beschwerde ist abzuweisen. Die Verfügung des AGR ist zu bestätigen, ebenso der Bauabschlag durch die Gemeinde. Dispositivziffer 2 (Wiederherstellungsverzicht) des Entscheids der Gemeinde ist aufzuheben und dieser ist mit der Anordnung zu ergänzen, dass der Beschwerdeführer zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bis 15. Juli 2021 das WC, die sanitären Anlagen sowie die technischen Anlagen im Technikraum vollständig zu entfernen und die entsprechenden Leitungen zu plombieren hat.
- b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁸⁰).
- c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1, 3 und 4 VRPG).

III. Entscheid

- Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des Amts für Gemeinden und Raumordnung vom 7. Juni 2018 wird bestätigt. Dispositivziffer 2 des Bauentscheids der Gemeinde Hasliberg vom 3. Juli 2020 wird von Amtes wegen aufgehoben. Im Übrigen wird der Bauentscheid der Gemeinde Hasliberg vom 3. Juli 2020 bestätigt und um folgende Anordnung ergänzt:

"Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auf Parzelle Hasliberg Grundbuchblatt Nr. H. _____ / Baurecht Nr. D. _____ bis 15. Juli 2021 das WC, die sanitären Anlagen sowie die technischen Anlagen im Technikraum vollständig zu entfernen und die entsprechenden Leitungen zu plombieren."
- Die Verfahrenskosten von Fr. 1'800.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
- Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt A. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Hasliberg, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per E-Mail
- Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli, per E-Mail, zur Kenntnis
- Bäuertgemeinde Hasliberg, p. Adr. J. _____, zur Kenntnis

⁸⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Bau- und Verkehrsdirektion

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 3 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.