

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2016/68 vom 27.2.2017).

RA Nr. 120/2015/25

Bern, 1. Februar 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2



und

C. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Rubigen, Worbstrasse 34, 3113 Rubigen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Rubigen vom 24. Februar 2015 (Betrieb Kieswerk Rubigen)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin betreibt seit über 50 Jahren auf dem Gemeindegebiet von Rubigen ein Kieswerk und baut seither in dessen Umgebung in mehreren Etappen Kies ab. Im Oktober 2000 teilte sie den Bewohnerinnen und Bewohnern des E. _____ wegs mit,

dass der Kiesabbau auf das Gebiet G._____ erweitert werden solle. Mit Gewässerschutzbewilligung vom 4. November 2002 wurde die entsprechende Kiesabbauetappe VII freigegeben.¹ Mit dem Kiesabbau wurde anschliessend begonnen.

Die Beschwerdeführenden erwarben mit Kaufvertrag vom 23. November 2009 die Liegenschaft am E._____weg 12 (Rubigen Grundbuchblatt Nr. F._____). Mit Schreiben vom 17. August 2011 wandten sie sich an die Gemeinde und teilten mit, seit der Erweiterung des Ausbeutungsgebiets hätten Lärm- und Staubbelastrungen wiederholt übermässige und unzumutbare Werte erreicht. Unterredungen mit der Beschwerdegegnerin hätten zu keinen Verbesserungen geführt. Sie hätten Grund zur Annahme, dass das kommunale Kiesgrubenreglement² seit Jahren missachtet werde. Sie baten die Gemeinde um Stellungnahme und behielten sich eine baupolizeiliche Anzeige vor. Nach einem längeren, ergebnislosen Briefwechsel beantragten die Beschwerdeführenden am 29. März 2012 die Einleitung eines baupolizeilichen Verfahrens gegen die Beschwerdegegnerin. Mit Verfügung vom 25. April 2012 eröffnete die Vorinstanz ein baupolizeiliches Verfahren zwecks Überprüfung der Einhaltung der Bau- und Betriebsvorschriften. Im Laufe des Verfahrens holte sie unter anderem einen Fachbericht beim Amt für Wasser und Abfall des Kantons Bern (AWA) ein. Dieses leitete die den Immissionsschutz betreffenden Fragestellungen an das Amt für Berner Wirtschaft (beco) weiter. Aufgrund eines Ablehnungsbegehrens gegen sämtliche Mitglieder des Gemeinderats der Vorinstanz wurde das baupolizeiliche Verfahren vom 15. Juli 2013 bis 31. Oktober 2013 sistiert. Am 7. Februar 2014 erteilte die Vorinstanz der AF._____ den Auftrag für ein Lärmgutachten (Beurteilung des Mittelungspegels des Gesamtbetriebs). Am 21. Februar 2014 beantragten die Beschwerdeführenden, die Beschwerdegegnerin habe die Bewilligungen für die Kiesausbeutung in den Gebieten "Bluemisberg", "Bodeweid" sowie "Bollholz" einzureichen. In ihrer Verfügung vom 4. März 2014 hielt die Vorinstanz fest, bisher habe sich die Anzeige gegen die Abbau- und Deponiegebiete "Bollholz" und "Bodeweid" gerichtet. Neu werde sie auf das Abbau- und Deponiegebiet "Bluemisberg" erweitert. Sie bat deshalb die Beschwerdeführenden, ihre Anzeige grundstückbezogen zu präzisieren. Die Beschwerdeführenden reichten daraufhin einen Auszug aus dem Zonenplan ein, auf dem das von der Anzeige betroffene Abbau- und Deponiegebiet gelb markiert war. Gestützt darauf stellte die Vorinstanz mit Verfügung vom 31. März 2014 fest,

¹ Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 11

² Reglement betreffend die Erschliessung und Ausbeutung von Kies- und Sandgruben in der Einwohnergemeinde Rubigen vom 13. Juni 1961 (nachfolgend Kiesgrubenreglement), vom Regierungsrat genehmigt am 25. Juli 1961, aufgehoben am 30. November 2014, vom Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) genehmigt am 31. August 2015

dass das markierte Gebiet die Grundstücke Rubigen Grundbuchblatt Nrn. H._____, I._____, J._____, K._____ und L._____ umfasse. Zudem führte sie die bereits bekannten Bewilligungen einzeln auf und forderte die Beschwerdegegnerin auf, allfällige weitere Bewilligungen für das fragliche Gebiet einzureichen. Die Beschwerdegegnerin teilte daraufhin mit, die Liste der Bewilligungen sei vollständig.

Das Lärmgutachten der AF._____ vom 10. November 2011 ergab, dass die Lärmimmissionen an den Messpunkten den Zielwert von 45 dB(A) überschritten und dass weitere Abklärungen erforderlich waren. Die Vorinstanz gab der Beschwerdegegnerin deshalb Gelegenheit, Massnahmen zur Lärmreduktion vorzuschlagen. Zudem gab sie den Parteien Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Mit baupolizeilicher Verfügung vom 24. Februar 2015 forderte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin unter Androhung der Ersatzvornahme auf, bis spätestens 31. August 2015 mit einem schriftlichen Konzept lärm mindernde Massnahmen nachzuweisen und anschliessend innert einer Frist von drei Monaten umzusetzen (Ziffer 1). Im Übrigen stellte sie fest, dass das Kieswerk der Beschwerdegegnerin auf dem Gemeindegebiet baurechtskonform sei (Ziffer 2). Die Anzeige der Beschwerdeführenden wurde unter Vorbehalt von Ziff. 1 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Ziffer 3). Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 22'200.00 wurden zu einem Drittel der Beschwerdegegnerin und zu zwei Dritteln den Beschwerdeführenden auferlegt (Ziffer 5). Die Kosten des Lärmgutachtens trug die Beschwerdegegnerin.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 31. März 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

- «1. Die Ziffern 1, 2, 3 und 5b des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 24. Februar 2015 seien aufzuheben, an die Vorinstanz zurückzuweisen und die Vorinstanz sei im Sinne der materiellen Ausführungen III. und IV. hiernach anzuweisen, das baupolizeiliche Verfahren gegen die C._____ zwecks Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands fortzuführen.
2. Es sei vorsorglich die Einstellung der Bauarbeiten im Gebiet "Blumisberg" Parzelle Rubigen/K._____ anzuordnen. Betreffend die übrigen vom baupolizeilichen Verfahren betroffenen Parzellen Rubigen/H._____, M._____, N._____ und L._____ gemäss Ziff. 3 der Verfügung

der Vorinstanz vom 31.03.2014 sei die vorsorgliche Einstellung der Bauarbeiten von Amtes wegen zu prüfen.»

In prozessualer Hinsicht stellten sie zudem folgende Rechtsbegehren:

- «3. Die Vorinstanz sei aufzufordern, den Unterzeichnenden eine Kopie der vorenthaltenen forstlichen Näherbaubewilligung der Forstdirektion vom 11. Dezember 1986 sowie eine Kopie der vorenthaltenen Eingabe der C._____ gemäss Ziffer 4 der Verfügung der Vorinstanz vom 10. November 2014 auszuhändigen (Akteneinsichtsrecht).
4. Die Vorinstanz sei aufzufordern, die der Ziffer 5b zugrunde liegenden Kosten bzw. Arbeitsaufwände (amtliche Kosten, Auslagen und Leistungen Dritter) zu Handen der amtlichen Akten im Einzelnen nachzuweisen und eine Kopie der detaillierten Aufstellung den Unterzeichnenden auszuhändigen.»

Zur Begründung machen sie insbesondere geltend, sie hätten sich aufgrund der wiederholten verweigernden Haltung der Vorinstanz gezwungen gesehen, die Eröffnung eines baupolizeilichen Verfahrens zu verlangen. Die Vorinstanz hätte die Missstände nur widerwillig abgeklärt und es unterlassen, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Insbesondere habe sie bewusst unterlassen, konkrete Massnahmen zur Reduktion der vom Gesamtbetrieb der Kiesgrube ausgehenden und gutachterlich festgestellten übermässigen Lärmimmissionen auf das erlaubte Mass anzuordnen. Ebenso habe sie es unterlassen, gegen die rechtswidrige Fortführung der baubewilligungspflichtigen Aufbereitungs- und Ablagerungstätigkeiten im Gebiet Bluemisberg einzuschreiten. Die Vorinstanz habe den Anspruch der Beschwerdeführenden auf rechtliches Gehör mehrfach in schwerwiegender Weise verletzt. Für die Ausbeutungstätigkeiten auf dem Kiesgrubenareal fehle die Baubewilligung. Das Kiesgrubenreglement sei gültig und anwendbar. Es werde in mehrfacher Hinsicht verletzt. Die Vorinstanz habe die den Beschwerdeführenden auferlegten Kosten des baupolizeilichen Verfahrens zu tragen. Die amtlichen Kosten seien zudem übrissen und unverhältnismässig.

3. In ihrer Vernehmlassung vom 19. Mai 2015 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Den prozessualen Rechtsbegehren widersetzte sie sich grundsätzlich nicht. Die Beschwerdeführenden würden im Wesentlichen ihre Rügen aus dem baupolizeilichen Verfahren wiederholen. Insoweit werde auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen. Die Vorinstanz habe die Anliegen der Beschwerdeführenden stets ernst genommen und die nötigen Abklärungen

unverzüglich vorgenommen. Sie habe bereits im Vorfeld begonnen, die sehr umfangreichen und bis ins Jahr 1957 zurückgehenden Akten zusammenzutragen und zu sichten sowie Pläne reproduzieren zu lassen. Die Beschwerdeführenden seien jeweils informiert und dokumentiert worden. Aufgrund des sehr weit gefassten Vorwurfs gravierender Missstände auf dem Gebiet der Kiesgrube Rubigen habe sich die Vorinstanz mit äusserst komplexen fachspezifischen und rechtlichen Fragestellungen konfrontiert gesehen, deren Aufarbeitung und Beantwortung aufwendig und zeitintensiv gewesen sei.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 20. Mai 2015 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Kiesabbaugebiet "G. _____" beginne rund 60 m entfernt südlich des Grundstücks der Beschwerdeführenden. Der Abschluss der Kiesabbautätigkeit in diesem Bereich stehe in den nächsten Monaten bevor und ein Teilbereich sei bereits rekultiviert. Ein allfälliger Unterbruch oder eine Einschränkung der derzeitigen Arbeiten hätte zur Folge, dass die Grube im Bereich "Bodenacher" nicht weiter aufgefüllt und rekultiviert würde. Es erscheine nicht nachvollziehbar, inwiefern die vorliegende Beschwerde zu einer Verbesserung der Situation der Beschwerdeführenden im Bereich "Bodenacher" beitragen sollte. Soweit andere Bereiche der Kiesgrube in Frage ständen, sei ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführenden aufgrund der grossen Distanz bzw. des dazwischen liegenden Waldstücks zum Vornherein auszuschliessen. Die Vorinstanz habe in Bezug auf den Bereich "Bluemisberg" die Legitimation zu Recht verneint. Eine allfällige Gehörsverletzung könne vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Beschwerdegegnerin verfüge über die erforderlichen Bewilligungen für den heutigen Betrieb. Das Kiesgrubenreglement von 1961 sei nicht kumulativ anwendbar.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, führte im Beisein der Parteien und der Vorinstanz einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Zudem zog es verschiedene Unterlagen aus den Akten des Amts für Wasser und Abfall des Kantons Bern (AWA) bei und stellte den Beteiligten Kopien davon zu. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen. Von dieser Möglichkeit machten alle Beteiligten Gebrauch. Zudem orientierte die Vorinstanz das Rechtsamt und die Beschwerdeführenden

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

über den Massnahmenplan zum Lärmgutachten. Mit E-Mail vom 2. Oktober 2015 informierte die Vorinstanz das Rechtsamt darüber, dass das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland mit Gesamtentscheid vom 29. September 2015 die Anpassung der Fristen zur Rekultivierung der Etappe III "Bluemisberg" sowie die Zwischennutzung auf Parzelle Nr. K._____ bewilligt habe. Mit E-Mail vom 26. Oktober 2015 informierte die Vorinstanz das Rechtsamt, dass das Amt für Gemeinden und Raumordnung die von den Stimmberechtigten beschlossene Änderung des Baureglements sowie die Aufhebung des Kiesgrubenreglements mit Verfügung vom 31. August 2015 genehmigt habe. Gemäss Auskunft der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) vom 13. Oktober 2015 seien keine Beschwerden eingegangen. Das Rechtsamt stellte diese Eingaben den übrigen Beteiligten zu. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 informierte die Vorinstanz das Rechtsamt über die Vollzugsmeldung der Beschwerdegegnerin betreffend Lärmassnahmenplan. Das Rechtsamt informierte die Beteiligten über den Eingang dieser Unterlagen.

5. Auf die Rechtsschriften und auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG⁴ können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVE ist daher für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführenden haben sich als Anzeiger am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt. Da ihrem Antrag auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht entsprochen wurde und ihnen ein Teil der Verfahrenskosten auferlegt wurden, sind sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind deshalb grundsätzlich zur

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

Beschwerde befugt (Art. 65 Abs. 1 VRPG⁵). Parteistellung können sie wie im Baupolizeiverfahren beanspruchen, soweit sie als Nachbarn betroffen sind (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. a BauG). Umstritten ist ihre Legitimation einzig, soweit es um das Gebiet "Bluemisberg" geht. Die Beschwerdeführenden haben wegen des Bollholzwaldes keinen Sichtkontakt. Anders als die Vorinstanz ausführt, machen sie jedoch geltend, sie seien infolge der Aufbereitungs- und Ablagerungstätigkeiten mit Lärmimmissionen konfrontiert.

Die Legitimation von Nachbarinnen und Nachbarn hängt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon ab, ob und inwiefern sich die umstrittenen Bauten, Anlagen oder Nutzungen nachteilig auf ihr Grundstück auswirken können. Sie wird in der Regel bejaht, wenn ihr Grundstück an das umstrittene Vorhaben angrenzt oder lediglich durch einen Verkehrsträger davon getrennt wird. Nach der bundes- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist die erforderliche räumliche Nähe bis zu einem Abstand von etwa 100 m zu bejahen. Allerdings ergibt sich die Legitimation erst aus einer daraus herrührenden besonderen Betroffenheit. Diese wird vor allem dann bejaht, wenn von der fraglichen Baute oder Anlage mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit Emissionen auf das Nachbargrundstück ausgehen.⁶ Der kürzeste Abstand zwischen den Parzellen der Beschwerdeführenden und dem Gebiet "Bluemisberg" beträgt circa 70 m. Die geforderte räumliche Nähe ist somit gegeben. Dem dazwischenliegenden Bollholzwald kommt zwar Sichtschutzfunktion zu, hingegen ist zu bezweifeln, dass er die Lärmimmissionen genügend zu dämmen vermag.⁷ Die Beschwerdeführenden sind deshalb auch vom Betrieb im Gebiet "Bluemisberg" hinreichend betroffen. Auf ihre Beschwerde ist einzutreten.

c) Die Beschwerde enthält einen Antrag und eine Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Die angefochtene Verfügung wurde den Beschwerdeführenden eingeschrieben eröffnet. Sie haben diese gemäss Rückschein am 2. März 2015 entgegengenommen. Die Beschwerdefrist lief deshalb bis 1. April 2015. Mit Postaufgabe am 31. März 2015 ist die Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten.

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁶ Vgl. dazu BVR 2013 S. 343 E. 4.1 f., 2011 S.498 E. 2.3f., 2006 S. 261 E. 2.2; BGE 137 II 30 E. 2.2.2 f., 136 11281 E. 2.2f.; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 35-35c N. 16 ff., Art. 60 N. 3 Bst. a

⁷ Vgl. dazu Amt für Umweltschutz des Kantons Zug, Lärmschutz - Strassenverkehrslärm, S. 28 f., einsehbar unter <https://www.zg.ch/behoerden/audirektion/amt-fuer-umweltschutz>, Rubriken «Lärmschutz, Strassenlärmsanierung auf Kurs, Downloads»

2. Vorsorgliche Baueinstellung und Folgenutzung im Gebiet "Bluemisberg"

a) Im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens beantragten die Beschwerdeführenden am 16. Mai 2014 die sofortige Baueinstellung (eventuell mit Benützungsverbot) für das Abbaugelände "Bluemisberg". Die Vorinstanz lehnte es jedoch ab, während des baupolizeilichen Verfahrens vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Im angefochtenen Entscheid führt sie dazu aus, der Kiesabbau auf der Parzelle Nr. K. _____ sei mit der Baubewilligung des Regierungsrates vom 12. Februar 1987 grundsätzlich bewilligt worden. Die eigentliche Freigabe des Abbaus und damit die Etappierung seien erst mit der Gewässerschutzbewilligung erfolgt. Auf der fraglichen Parzelle sei der Abbau abgeschlossen. Die Wiederauffüllung sei erfolgt und die Rekultivierung zum grössten Teil abgeschlossen. Der noch nicht rekultivierte Teil werde zurzeit als Lagerplatz für Materialien und als Verkehrsfläche genutzt. Am 19. Juli 2014 habe die Beschwerdegegnerin ein Baugesuch für diese Umnutzung eingereicht. Das Verfahren sei beim Regierungsratsamt Bern-Mittelland hängig. Wichtige Gründe für eine sofortige Betriebseinstellung bzw. den Erlass eines Benützungsverbots seien nicht ersichtlich. Allfällige Massnahmen seien im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens vor dem Regierungsratsamt Bern-Mittelland zu prüfen.

b) Die Beschwerdeführenden wiederholen in ihrer Beschwerde den Antrag betreffend die vorsorgliche Einstellung der Bauarbeiten im Gebiet "Bluemisberg". Betreffend die übrigen vom baupolizeilichen Verfahren betroffenen Parzellen sei die vorsorgliche Einstellung der Bauarbeiten von Amtes wegen zu prüfen (Rechtsbegehren Ziff. 2). Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Beschwerdegegnerin habe im Gebiet "Bluemisberg" (Parzelle Nr. K. _____) vor Jahren Kies abgebaut und benutze den Grossteil dieser Fläche nun zur Aufbereitung und Lagerung von Sand und Kies sowie von Lastwagenmulden und Baumaschinen. In der Baubewilligung des Regierungsrates von Kollfingen vom 12. Februar 1987 für den Ausbau der Etappe III "Bluemisberg" sei ein Zeitplan von 1990 bis 1995 festgesetzt und es sei festgehalten worden, dass die anschliessende Rekultivierung der Abbaufäche in einer Zeitspanne von fünf bis sieben Jahren zu erfolgen habe. Diese Fristen seien längstens verstrichen. Für die praktizierten, baubewilligungspflichtigen Aufbereitungs- und Lagertätigkeiten müsste die Beschwerdegegnerin im Besitze einer rechtskräftigen Baubewilligung sein. Daran fehle es. Die Vorinstanz hätte daher gestützt auf Art. 46 Abs. 1 BauG zwingend und umgehend die

von den Beschwerdeführenden beantragte Einstellung der Bauarbeiten anordnen müssen. Der BVE werde dementsprechend beantragt, die Einstellung der Bauarbeiten als vorsorgliche Massnahme nachzuholen.

c) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde die Einstellung der Bauarbeiten; sie kann ein Benützungsverbot erlassen, wenn es die Verhältnisse erfordern. Diese Verfügungen sind sofort vollstreckbar (Art. 46 Abs. 1 BauG). Es handelt sich um spezialgesetzlich geregelte vorsorgliche Massnahmen. Ihr Sinn und Zweck erschöpfen sich naturgemäss darin, den im Zeitpunkt der Verfügung bestehenden Zustand bis zum definitiven Entscheid über die Wiederherstellung zu erhalten. Einstellungsverfügung und (vorläufiges) Benützungsverbot fallen deshalb mit der Rechtskraft der Wiederherstellungsverfügung oder der nachträglichen Baubewilligung dahin.⁸ Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung stehen die beiden Massnahmen ausschliesslich der Baupolizeibehörde zur Verfügung. Beim Verzicht auf den Erlass von vorsorglichen baupolizeilichen Massnahmen im Sinn von Art. 46 Abs. 1 BauG handelt es sich um ein eigenständiges Anfechtungsobjekt. Über dagegen erhobene Beschwerden hat die BVE im Entscheid zu befinden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Hingegen kann sie die Einstellung der Bauarbeiten, ein Benützungsverbot oder eine Betriebseinstellung nicht anstelle der Baupolizeibehörde gestützt auf Art. 46 Abs. 1 BauG verfügen. Sie könnte solche Massnahmen allenfalls als vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 27 VRPG anordnen.⁹ Bezüglich des Gebiets "Bluemisberg" ist deshalb zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf eine vorsorgliche Baueinstellung verzichtet hat. Was die übrigen vom baupolizeilichen Verfahren betroffenen Grundstücke betrifft, ist demgegenüber weder dargetan noch ersichtlich, dass die Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gestützt auf Art. 27 VRPG vorliegen würden.

d) Fehlt für ein Bauvorhaben die erforderliche Bewilligung oder wird eine Baubewilligung überschritten, so hat die Baupolizeibehörde die sofortige Einstellung laufender Bauarbeiten anzuordnen. Sie ist verpflichtet, solche formell widerrechtliche Bautätigkeiten zu stoppen. Sie geniesst dabei keinen Beurteilungsspielraum und hat auch keine Interessenabwägung vorzunehmen. Voraussetzung ist einzig, dass die ohne Bewilligung vorgenommenen

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 4

⁹ Vgl. dazu VGE 2013.435 vom 27. Februar 2014 E. 2.1

Bauarbeiten baubewilligungspflichtig sind.¹⁰ Aufgrund der Erkenntnis, dass die Folgenutzung im Gebiet "Bluemisberg" die Bewilligung überschreitet, hätte die Vorinstanz deshalb gestützt auf Art. 46 Abs. 1 BauG umgehend eine Baueinstellungsverfügung erlassen müssen. Vorliegend bedeutet das, dass sie das Ablagern weiteren Materials hätte untersagen müssen.

e) Davon zu unterscheiden ist die Frage der vorsorglichen Betriebseinstellung. In diesem Rahmen zu prüfen ist die vorsorgliche Einstellung der Nutzung der noch nicht rekultivierten Fläche für die Lagerung von Material und als Verkehrsfläche. Diesbezüglich hat die Vorinstanz zutreffend ausgeführt, dass eine vorsorgliche Betriebseinstellung nur angeordnet werden kann, wenn es die Verhältnisse erfordern. Nicht jede bewilligungsbedürftige, aber noch nicht bewilligte Nutzung ist sofort zu untersagen. Die zuständige Behörde hat viel mehr zu prüfen, ob eine solche Massnahme verhältnismässig wäre. Dabei geniesst sie einen gewissen Beurteilungsspielraum. Je nach den Umständen kann es vorläufig genügen, ein nachträgliches Baugesuch zu verlangen. Ist der Betrieb möglicherweise bewilligungsfähig, dürfte eine sofortige Betriebseinstellung unverhältnismässig sein. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn ein Betrieb bereits lange Zeit unbeanstandet geführt wurde und ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren bereits eingeleitet worden ist.¹¹

Während des vorinstanzlichen Verfahrens hat die Beschwerdegegnerin für die umstrittene Nutzung im Gebiet "Bluemisberg" ein nachträgliches Baugesuch eingereicht. Das Regierungsstatthalteramt hat die Folgenutzung im Gebiet "Bluemisberg" mit Gesamtentscheid vom 29. September 2015 nachträglich bewilligt. Die umstrittene Nutzung war somit nur formell rechtswidrig. Im Ergebnis ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen für einen Verzicht auf eine Betriebseinstellung bejaht hat. Dies wird von den Beschwerdeführenden auch nicht bestritten.

f) Zusammenfassend steht fest, dass die Vorinstanz gestützt auf Art. 46 Abs. 1 BauG die Bauarbeiten auf Parzelle Nr. K._____ mangels entsprechender Bewilligung hätte einstellen und das Ablagern weiteren Materials untersagen müssen. Insoweit wäre die Beschwerde an sich begründet. Da das Regierungsstatthalteramt die Folgenutzung im

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 6

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 7

Gebiet "Bluemisberg" mit Gesamtentscheid vom 29. September 2015 nachträglich bewilligt hat, besteht jedoch kein rechtserhebliches Interesse mehr an einem Entscheid der BVE in der Sache, soweit die Beschwerde das Gebiet "Bluemisberg" und die in diesem Zusammenhang beantragten vorsorglichen baupolizeilichen Massnahmen im Sinn von Art. 46 Abs. 1 BauG betrifft. Insoweit ist das Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden und kann als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben werden (Art. 39 Abs. 1 VRPG).

3. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör mehrfach in schwerwiegender Weise verletzt. Sie habe ihnen verschiedene Unterlagen nicht zugestellt. Die Feststellungen der Vorinstanz bezüglich Einhaltung des Waldabstands und der Staubimmissionen würden einen Augenschein unter Wahrung der Parteirechte bedingen.

b) Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör richtet sich in erster Linie nach dem einschlägigen (kantonalen) Verfahrensrecht, mithin nach Art. 21 ff. VRPG, subsidiär nach den Mindestgarantien gemäss Art. 26 Abs. 2 KV¹² und Art. 29 Abs. 2 BV¹³. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisansprüchen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die eine Partei bedarf, um in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen.¹⁴

c) Das Rechtsamt der BVE hat den Beschwerdeführenden die fraglichen Dokumente zugestellt und ihnen Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. Zudem hat es im

¹² Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁴ BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293 mit Hinweisen

Beisein der Parteien einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durchgeführt. Insoweit wurde die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren geheilt.

d) Gemäss Angaben der Vorinstanz am Augenschein hat der damalige Bauverwalter den Waldabstand wohl vor Ort überprüft.¹⁵ Wann diese Prüfung stattfand und was dabei genau festgestellt wurde, lässt sich den Vorakten nicht entnehmen. Unbestritten ist jedoch, dass die Parteien weder Gelegenheit zur Teilnahme erhielten noch zu den Feststellungen angehört wurden. Es ist allerdings fraglich, ob es sich dabei um die Erhebung wesentlicher Beweise gehandelt hat. Mit der Einreichung des nachträglichen Baugesuchs hat die Beschwerdegegnerin auch ein Gesuch für die Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstands gestellt. Abklärungen zum Waldabstand waren somit nicht mehr erforderlich. Insoweit liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Im Übrigen kann die Frage, ob der Waldabstand im Gebiet "Bluemisberg" unterschritten wurde, offen gelassen werden, da das Regierungsstatthalteramt dafür mit dem Gesamtentscheid vom 29. September 2015 (nachträglich) die Ausnahmegewilligung für Bauten in Waldnähe erteilt hat.

4. Lärmimmissionen

a) Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, das Lärmgutachten der Firma AF._____ vom 10. November 2014 bestätige, dass der Gesamtbetrieb der Kiesgrube bei den Liegenschaften am E._____weg zu übermässigen Lärmimmissionen führe. Die Vorinstanz habe das baupolizeiliche Verfahren ohne Anordnung von konkreten Massnahmen zur Beseitigung dieses widerrechtlichen Zustands abgeschlossen und der Beschwerdegegnerin eine viel zu lange Frist zur Einreichung eines Konzepts eingeräumt. Mit dieser Verfahrenserledigung würden die Beschwerdeführenden ihrer Verfahrensrechte beraubt, da sie keine Möglichkeit mehr hätten, zum Konzept Stellung zu nehmen und Anträge zu stellen.

b) Gemäss Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung musste die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz bis spätestens 31. August 2015 ein Konzept einreichen und nachweisen, mit welchen konkreten und geeigneten Massnahmen sie die gemäss Lärmgutachten beanstandeten übermässigen Lärmimmissionen gegenüber den Liegenschaften am E._____weg auf das zulässige Mass reduzieren wolle. Allfällige Massnahmen hatte sie _____

¹⁵ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 5. August 2015 S. 12, Votum X._____

innert drei Monaten umzusetzen. Die Vorinstanz behielt sich unter dem Titel "Androhung der Ersatzvornahme" vor, im Widerhandlungsfall die Anordnung einer Betriebseinschränkung oder Betriebseinstellung zu prüfen und die erforderlichen Massnahmen auf Kosten der Beschwerdegegnerin durch Dritte ausführen zu lassen.

c) Anders als es den Anschein macht, wird mit Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung das baupolizeiliche Verfahren bezüglich Lärmimmissionen noch nicht abschliessend geregelt, sind doch die erforderlichen Massnahmen nicht hinreichend bestimmt. Am Augenschein konnte diese Frage einvernehmlich geklärt werden. Die Beschwerdegegnerin reichte Ende August 2015 einen Massnahmenplan zum Lärmgutachten vom 10. November 2014 ein. Die Beschwerdeführenden erhielten Gelegenheit, zum Konzept Stellung zu nehmen. Ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör wurde somit Rechnung getragen. Die Beschwerde gegen Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ist deshalb gegenstandslos geworden.

d) Die Beschwerdegegnerin hat in der Zwischenzeit verschiedene organisatorische und technische Massnahmen zur Reduktion der Lärmimmissionen getroffen. Es wird nun Sache der Vorinstanz sein, nötigenfalls unter Beizug der kantonalen Fachstelle zu prüfen, ob die Lärmemissionen nun genügend begrenzt worden sind (vgl. Art. 11 USG¹⁶). Den Beschwerdeführenden wird Gelegenheit zur Beteiligung an diesem Verfahren zu geben sein. Gegebenenfalls wird die Vorinstanz diese Frage zum Gegenstand einer neuen Wiederherstellungsverfügung machen müssen.

5. (Fehlende) Bewilligung des Kiesabbaus im Gebiet "Bodeweid"

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei mit den Bewilligungen vom 13. Mai 1958 und vom 9. Juni 1958 ausschliesslich die Erstellung einer Kies- und Sandaufbereitungsanlage auf der Parzelle O._____ bewilligt worden, nicht aber der Kiesabbau an sich auf weiteren Parzellen. Die Gewässerschutzbewilligung der Direktion für Verkehr, Energie und Wasserwirtschaft des Kantons Bern (VEWD) vom 11. April 1973 ändere daran nichts. Der Beschwerdegegnerin fehle es für die von ihr praktizierten Ausbeutungstätigkeiten auf dem Kiesgrubenareal bis zum heutigen Tag an einer Baubewilligung.

¹⁶ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01)

Die Beschwerdegegnerin verweist auf die Bau- und Einrichtungsbewilligungen des Regierungsstatthalters von Konolfingen vom 13. Mai 1958 und vom 9. Juni 1958. Im Dispositiv der Baubewilligung werde ausdrücklich der zulässige Kiesabbau und nicht nur der Bau des Hauptgebäudes umschrieben. Dies gehe auch aus dem Entscheid der VEWD betreffend Gewässerschutzbewilligung vom 11. April 1973 hervor. Hier seien das zur Ausbeutung bewilligte Gebiet und die (damaligen) Parzellennummern ausdrücklich aufgeführt. Die Beschwerdegegnerin verfüge über die erforderlichen Bewilligungen für den heutigen Betrieb im Gebiet "Bodeweid".

b) Voraussetzung für den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung ist, dass ein baubewilligungspflichtiges Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt worden ist oder dass bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet worden sind (Art. 46 BauG). Erforderlich ist also ein baurechtswidriger Zustand.

Materialentnahmestellen wie Steinbrüche, Kies- und Lehmgruben und dergleichen sind baubewilligungspflichtige Bauvorhaben im Sinn von Art. 22 Abs. 1 RPG¹⁷ und Art. 1a BauG.¹⁸ Das gilt im Kanton Bern zumindest seit dem Inkrafttreten des neu geordneten Bau- und Planungsrechts am 1. Januar 1971 (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBauG¹⁹ in Verbindung mit Art. 1 und 4 Bst. c aBewD²⁰).²¹ Baubewilligungspflichtig ist seither nicht nur die Neuerstellung, sondern auch die Erweiterung von Ablagerungs- und Materialentnahmestellen. Vorher waren vor allem der Bau und gewisse Änderungen von Gebäuden baubewilligungspflichtig.²² Zudem unterstellte das Gewerbegesetz von 1849 gewisse gewerbliche Anlagen einer Bau- und Einrichtungsbewilligungspflicht.²³ Im Übrigen bestand das bernische Baurecht bis zum Inkrafttreten des aBauG fast ausschliesslich aus Gemeinderecht. Dieses hatte vorwiegend polizeilichen Charakter. Die Gemeinden waren insbesondere ermächtigt, im Interesse des Verkehrs, der Gesundheit, der Feuersicherheit,

¹⁷ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 1a N. 18 Bst. c

¹⁹ Baugesetz vom 7. Juni 1970 (aBauG; GS 1970 S. 163 ff.)

²⁰ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Baubewilligungsverfahren (aBewD, GS 1970 S. 19 ff.)

²¹ Vgl. dazu auch Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 7. Juni 1970, Bern 1971, Art. 1 N. 9

²² Vgl. dazu die Verordnung über die Hausbau-Concessionen vom 24. Januar 1810, Gesetze und Dekrete des grossen und kleinen Rathes des Cantons Bern, Dritter Band von 1807 bis 1811, S. 333 ff; §1 des Dekrets betreffend das Verfahren zur Erlangung von Baubewilligungen und zur Beurteilung von Einsprachen gegen Bauten vom 13. März 1900, GS 1900, S. 16 ff.

²³ §14 des Gesetzes über das Gewerbewesen vom 7. November 1849, S. 359 ff.

der soliden Erstellung und Instandhaltung von Bauten sowie zur Verhütung von Verunstaltungen Vorschriften zu erlassen. Sie konnten das künftige Strassennetz festlegen und den dazu erforderlichen Boden von Überbauungen freihalten.²⁴ Sie konnten insbesondere Vorschriften aufstellen über die Art der Anlage und die Ausbeutung von Steinbrüchen, Kies- und Lehmgruben sowie von Abfall- und Materialablagerungsplätzen (Art. 5 Ziff. 12 BVG²⁵). Zudem konnten sie in ihren Reglementen weitere Bauten, Anlagen und Massnahmen der Baubewilligungspflicht unterstellen (§ 3 BewD 1966²⁶). Von dieser Möglichkeit machte die Gemeinde Rubigen erst mit dem Erlass des Kiesgrubenreglements im Jahr 1961 Gebrauch. Die Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin ersuchte am 15. Juli 1957 um Erteilung der Bewilligung zur Erstellung einer Kies- und Sandaufbereitungsanlage auf der (damaligen) Parzelle Nr. O._____ in Rubigen. Aufgrund der damaligen Rechtslage war für die Kiesausbeutung selber (noch) keine Baubewilligung oder eine Bewilligung der Gemeinde erforderlich. Zum Schutz der verwendbaren Grundwasservorkommen brauchte es gemäss § 4 TVA²⁷ allenfalls eine Bewilligung der kantonalen Baudirektion. Im Übrigen erfolgte die Kiesausbeutung vorab gestützt auf privatrechtliche Dienstbarkeiten (Materialentnahmerecht, Kiesausbeutungsrecht).²⁸

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BauG werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt. Der Nachweis, dass eine Baute oder Anlage bewilligt worden ist, seinerzeit bewilligungsfähig oder bewilligungsfrei gewesen wäre, obliegt der Bauherrschaft.²⁹ Grundsätzlich gilt, dass Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung oder den genehmigten Plänen hervorgehen, nicht bewilligt worden sind. Es ist Sache der Beschwerdegegnerin, diese Vermutung zu zerstören. Die Beweislast für das Vorhandensein einer Baubewilligung liegt somit bei ihr.³⁰

c) Die Beschwerdegegnerin stützt sich für den vorliegend umstrittenen Kiesabbau auf den Parzellen Nrn. P._____ und H._____ ("Bodeweid") sowie Parzelle _____

²⁴ Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kanton Bern vom 7. Juni 1970, Bern 1971, Einleitung N. 1 ff.

²⁵ Gesetz vom 26. Januar 1958 über die Bauvorschriften (BVG; GS 1958 S. 12 ff.)

²⁶ Dekret vom 9. Januar 1966 über das Baubewilligungsverfahren (BewD 1966; GS 1966 S. 10 ff.)

²⁷ Verordnung vom 4. Januar 1952 über die Erstellung von Trinkwasserversorgungen und Abwasseranlagen (VTA; GS 1952, S. 1 ff.)

²⁸ Vgl. dazu VGE 17897 Vom 26. Februar 1990 E. 5

²⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 3 N.2

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. c, mit weiteren Hinweisen

Nr. I. _____ ("Hubelacher") auf den Bauentscheid des Regierungsstatthalters von Konolfingen vom 13. Mai 1958³¹, die Gewässerschutzbewilligung der VEWD vom 11. April 1973³² sowie die Gewässerschutzbewilligung des Amts für Gewässerschutz und Abfallwirtschaft (GSA) vom 4. November 2002³³ für die Freigabe der Abbauetappe VII.

Der Regierungsstatthalter von Konolfingen erteilte der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin zur Errichtung einer Kies- und Sandaufbereitungsanlage am 13. Mai 1958 die Baubewilligung³⁴ und am 9. Juni 1958 die Bau- und Einrichtungsbewilligung nach der Gewerbegesetzgebung³⁵. Die Baubewilligung wurde unter Vorbehalt jeglicher Drittmannsrechte und mit Auferlegung verschiedener verbindlicher Bedingungen erteilt. Insbesondere übernahm der Regierungsstatthalter von Konolfingen die Bedingungen der Baudirektion (Bst. a bis l, o und p, r und s). Zudem legte er die tägliche Arbeitszeit fest (Bst. m), bestimmte, die Anlagen seien nach erfolgter Ausbeutung abzutragen und dürften nachher nicht zur Verarbeitung von ortsfremdem Material verwendet werden (Bst. n) und nahm zur Kenntnis, dass der Abbau der Kieswand durch Ausschwemmung mit Wasser vorgenommen werde. Die Baubewilligung betrifft somit nicht nur die Erstellung des Betongebäudes der Kies- und Sandaufbereitungsanlage, sondern regelt auch die Kiesausbeutung. Neben der Kies- und Sandaufbereitungsanlage auf Parzelle Nr. O. _____ wurde somit auch die Kiesausbeutung selber grundsätzlich bewilligt. Fraglich ist allerdings, in welchem Umfang.

Gemäss dem Entscheid der Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft des Kantons Bern (VEWD) betreffend Gewässerschutzbewilligung für das Kieswerk der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin vom 11. April 1973³⁶ enthält die Baubewilligung vom 13. Mai 1958 zwar Bedingungen für den Kiesabbau, aber keine Begrenzung des Abbaugebiets. In den Baugesuchsunterlagen sei aber das für den Abbau vorgesehene Gebiet eingereicht und öffentlich aufgelegt worden. Ebenso sei im Kiesgrubenreglement das bewilligte Ausbeutungsgebiet ausgeschieden und in einer Planbeilage³⁷ festgehalten. Die Begrenzung des bewilligten Abbaugebiets liege somit vor. Die Gewässerschutzbewilligung sei in die Baubewilligung einbezogen und die Ausbeutung

³¹ Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 19

³² Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 16

³³ Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 11

³⁴ Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 19

³⁵ Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 18

³⁶ Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 16

³⁷ Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 21

von Kies aus dem Grundwasser gestattet worden. In diesem Entscheid hielt die VEWD unter anderem fest, welche Parzellen das zur Ausbeutung bewilligte Gebiet gemäss dem Entscheid des Regierungsstatthalters von Konolfingen vom 13. Mai 1958 umfasste, nämlich die Parzellen Nrn. O._____, Q._____, R._____, S._____, T._____, U._____, V._____, W._____, 562 [wohl AA._____, AB._____, AC._____, H._____ und AD._____]. Hinzu kämen vier Parzellen, für welche im Jahr 1962 ein Gesuch an die Gemeinde Rubigen gestellt worden sei. Der Plan des bewilligten Gebiets³⁸ sei im Wasserwirtschaftsamt bei den Akten aufbewahrt. Zudem ergänzte die VEWD die in der Bewilligung vom 13. Mai 1958 enthaltenen Gewässerschutzbedingungen. Auch aus dem Entscheid der VEWD folgt, dass das für die Kiesausbeutung vorgesehene Gebiet bereits im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens bekannt war. Es wurde jedoch nicht in den Bauentscheid vom 13. Mai 1958 aufgenommen, was wohl vorab damit zusammenhängen dürfte, dass damals die Kiesausbeutung selber weder einer Baubewilligung noch einer Bewilligung der Gemeinde bedurfte, sondern gestützt auf Dienstbarkeiten erfolgte. Aktenkundig ist ein vom Gemeinderat unterzeichneter Geometerplan, der gemäss handschriftlichem Vermerk zu Art. 1 Kiesgrubenreglement gehört und das bewilligte Ausbeutungsgebiets der Beschwerdegegnerin zeigt.³⁹ Ob dieser Plan integrierender Bestandteil des Kiesgrubenreglements bildet, lässt sich nicht abschliessend beurteilen, da das Kiesgrubenreglement selber keinen Verweis auf einen Plan enthält. Hingegen bestätigte der Gemeinderat von Rubigen dem Büro für Wassernutzung und Abwasserreinigung, dass das auf dem unterzeichneten Plan rot umrandete Gebiet abgesehen von der Parzelle Nr. T._____ dem Kiesausbeutungsgebiet entspreche, wie dies dem Baugesuchsverfahren zugrunde gelegen habe.⁴⁰ Für dieses Gebiet galt das Kiesgrubenreglement gemäss Art. 1 somit nur eingeschränkt.

Mit Baubewilligung vom 12. Februar 1987⁴¹ erteilte der Regierungsstatthalter von Konolfingen der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin die Baubewilligung für die Erweiterung des Kiesabbaus auf die Etappen III (Bluemisberg) und V (Eichholz). In der dazugehörigen Gewässerschutzbewilligung für eine Kiesausbeutung des Wasser- und Energiewirtschaftsamts (WEA) vom 2. Dezember 1986 war in Ziff. 5 der Bedingungen unter

³⁸ Vgl. Geometerplan vom 21.03.1957 mit Visum des Wasserwirtschaftsamts vom 21.3.1973, Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 22

³⁹ Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 21

⁴⁰ Vgl. dazu Schreiben des Gemeinderats Rubigen an das Büro für Wassernutzung und Abwasserreinigung vom 18. Oktober 1965, Vorakten Ordner 2, Register 5,

⁴¹ Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 13

anderem der Hinweis enthalten, für den Abbau der bereits 1958 bewilligten VII. Etappe (Parzellen Nrn. H._____, W._____ B + C sowie V._____ B) sei eine zusätzliche Bewilligung des WEA erforderlich. Diese werde von der einwandfreien Herstellung der III. und VI. Rekultivierungsetappe abhängig gemacht. Bei ungenügender Rekultivierung oder Nichteinhaltung der Gewässerschutzbedingungen könne sie verweigert werden. Mit Gewässerschutzbewilligung des Amts für Gewässerschutz und Abfallwirtschaft (GSA) vom 4. November 2002⁴² erfolgte die Freigabe der Abbauetappe VII. Diese umfasst eine Abbaufäche von circa 500 Aren und ein Abbauvolumen von 1 Mio. m³. Gemäss Ziff. 3 dieses Beschlusses ist der Kiesabbau im Grundwasser gestattet. Die offene Grundwasserfläche darf aber 100 Aren nicht überschreiten.

d) Mit der Baubewilligung des Regierungsstatthalters von Konolfingen vom 13. Mai 1958 wurde in erster Linie der Bau des Kieswerks bewilligt. Die Kiesausbeutung war zwar Thema des Bewilligungsverfahrens, wurden doch mehrere Nebenbestimmungen dazu in den Entscheid aufgenommen. Auch war den Behörden das ins Auge gefasste Ausbeutungsgebiet bekannt. Dieses wurde aber in der Baubewilligung weder näher umschrieben noch parzellenscharf festgelegt. Aufgrund des Umstands, dass die Kiesausbeutung damals hauptsächlich gestützt auf Dienstbarkeiten ausgeübt werden konnte und dafür noch keine kantonale Baubewilligung erforderlich war, konnte die Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin gestützt auf die Bewilligungen von 1958 jedoch insoweit Kiesausbeutung betreiben, als sie über die entsprechenden zivilrechtlichen Ausbeutungsrechte verfügte. Soweit die Kiesgrube beim Inkrafttreten des aBauG rechtmässig betrieben wurde, galt sie als in ihrem Bestand geschützt und durfte in diesem Rahmen weiterbetreiben werden. Nach diesem Zeitpunkt galt aber gestützt auf Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBauG, dass das Einrichten und die Erweiterung von Materialentnahmestellen baubewilligungspflichtig war. Die vorliegend umstrittene Erweiterung der Kiesausbeutung auf die Parzellen Nrn. H._____, I._____ und P._____ erfolgte erst ab dem Jahr 2002 und stützte sich einzig auf die Gewässerschutzbewilligung vom 4. November 2002 für die Freigabe der Kiesabbauetappe VII. Aufgrund des bisher Ausgeführten wäre dafür zusätzlich (zumindest) eine Baubewilligung erforderlich gewesen. Die umstrittene Etappe VII umfasst eine Materialentnahme von circa 1 Mio. m³. Deshalb hätte auch eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden müssen (vgl. Art. 10a Abs. 3 USG in

⁴² Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 11

Verbindung mit Anhang 80.3 zur UVPV⁴³, wonach Materialentnahmen aus dem Boden mit einem abbaubaren Gesamtvolumen von mehr als 300'000 m³ der Umweltverträglichkeitsprüfung unterstellt sind). Im Ergebnis steht somit fest, dass die Beschwerdegegnerin die Kiesausbeutung der Etappe VII im Gebiet "Bodeweid" ohne die erforderliche Baubewilligung betreibt. Daran ändert die Gewässerschutzbewilligung für die Freigabe der Kiesabbauetappe VII nichts, da diese mangels Einsprachemöglichkeit eine Baubewilligung nicht zu ersetzen vermag (vgl. dazu Art. 5 Bst. b BewD⁴⁴). Es liegt deshalb ein (formell) baurechtswidriger Zustand vor.

d) Es ist unbestritten, dass der Bauentscheid des Regierungsstatthalters von Konolfingen vom 13. Mai 1958 die einzige in Frage kommende baurechtliche Bewilligung für den Kiesabbau der Beschwerdegegnerin im vorliegend umstrittenen Gebiet darstellt. Selbst wenn diese Bewilligung die seit 2002 betriebene Kiesausbeutung der Etappe VII im Gebiet "Bodeweid" grundsätzlich erlauben würde, läge ein rechtswidriger Zustand vor:

Zum einen zeigt ein Geometerplan von 2012 das 1958 bewilligte Abbaugelände übertragen auf den heutigen Zonenplan.⁴⁵ Dabei fällt auf, dass die (heutige) Parzelle Nr. I. _____ zwar gemäss geltendem Zonenplan im Abbau- und Ablagerungsgebiet, nicht aber im Perimeter des Ausbeutungsgebiets gemäss Baubewilligung vom 13. Mai 1958 liegt. Westlich des neuen AE. _____ gässlis verläuft die Perimetergrenze zwischen den Parzellen Nrn. H. _____ und I. _____. Auch im Plan zum Kiesgrubenreglement⁴⁶ liegt dieser Bereich ausserhalb des bewilligten Ausbeutungsgebiets. Das gleiche gilt für den Plan Kiesausbeutung Schwarzenbach - Bollholz vom August 1965⁴⁷. Auch hier befindet sich lediglich die Parzelle Nr. W. _____ A (entspricht in etwa der heutigen Parzelle Nr. W. _____ .01) im Perimeter der gemäss Kiesgrubenreglement garantierten und bewilligten Etappe, die Parzelle Nr. W. _____ B hingegen nicht. Im Plan zum Entscheid der VEWD⁴⁸ ist demgegenüber ungefähr die Hälfte der heutigen Parzelle Nr. I. _____ als Teil des vom Regierungsstatthalter 1958 bewilligten Perimeters eingetragen. Wie diese Differenz zu den anderen Plänen zustande gekommen ist, kann aufgrund der Akten nicht nachvollzogen werden. Für die BVE ist deshalb der Plan zum

⁴³ Verordnung des Bundesrates vom 19. Oktober 1988 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV; SR 814.011)

⁴⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁴⁵ Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 20

⁴⁶ Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 21

⁴⁷ Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 17

⁴⁸ Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 22

Kiesgrubenreglement massgebend, zumal die Gemeinde 1965 ausdrücklich bestätigt hat, dass dieser das bewilligte Ausbeutungsgebiet der Beschwerdegegnerin zeigt.⁴⁹ Eine nach 1958 erteilte Baubewilligung für den Kiesabbau auf der heutigen Parzelle Nr. I. _____ ist nicht aktenkundig. Unabhängig davon, welche Bedeutung der Baubewilligung von 1958 und dem Plan zum Kiesgrubenreglement zukommt, steht somit fest, dass die Kiesausbeutung auf der Parzelle Nr. I. _____, die gemäss Abbauplanung Gebiet Bollholz⁵⁰ in den Jahren 2002 bis 2004 stattfand, ohne die erforderliche Baubewilligung erfolgte. Auch eine Ausnahmbewilligung für Bauten in Waldnähe ist nicht aktenkundig. Es liegt deshalb ein baurechtswidriger Zustand vor. Das gleiche gilt im Übrigen auch für eine allfällige Lagerung und Verarbeitung von ortsfremdem Material auf dieser Parzelle. Auch dafür liegt keine Baubewilligung vor.

Zum anderen wurde mit dem Bauentscheid des Regierungsstatthalters von Konolfingen vom 13. Mai 1958 hauptsächlich die Kies- und Sandaufbereitungsanlage auf Parzelle Nr. O. _____ bewilligt. Die Kiesausbeutung im damals bekannten Ausbeutungsgebiet wurde zwar nicht ausdrücklich bewilligt, ihre Modalitäten wurden aber näher geregelt. Soweit sich daraus eine Baubewilligung für den heute praktizierten Kiesabbau im Gebiet "Bodeweid" ableiten liesse, gälten ausschliesslich Materialentnahme, Wiederauffüllung und Rekultivierung als bewilligt. Weitere Vorkehren sind davon nicht erfasst. Insbesondere umfasst der Bauentscheid von 1958 keine Bewilligung für die Lagerung und das Aufbereiten von ortsfremdem Material oder für die Entgegennahme, Behandlung und Aufbereitung von mineralischen Bauabfällen. Soweit die Beschwerdegegnerin im fraglichen Gebiet solches Material lagert oder verarbeitet, überschreiten sie die Baubewilligung. Wie die Beschwerdeführenden zutreffend ausführen, können weder Gewässerschutzbewilligungen noch abfallrechtliche Betriebsbewilligungen eine fehlende Baubewilligung ersetzen.

Im Übrigen wären die in der Baubewilligung vom 13. Mai 1958 enthaltenen Auflagen und Bedingungen zu beachten, wenn gestützt darauf auf den Parzellen Nrn. H. _____ und P. _____ im Gebiet "Bodeweid" heute noch Kies abgebaut werden dürfte. Es wird weder geltend gemacht noch ist aktenkundig, dass die Baubewilligung vom 13. Mai 1958 seither abgeändert worden wäre oder dass in diesem Gebiet seither weitere baubewilligungspflichtige Vorhaben bewilligt worden wären. Insbesondere gilt die

⁴⁹ Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 21

⁵⁰ Vgl. Vorakten Ordner 2, Register 1, Grundlagendokument Nr. 3

Baubewilligung des Regierungsstatthalters von Konolfingen vom 12. Februar 1987 für die Erweiterung des Kiesabbaus auf die Etappen III (Bluemisberg) und V (Eichholz) nicht für das Gebiet "Bodeweid". Gemäss Ziff. 2 Bst. h des Bauentscheids von 1958 soll die Ausbeutung derart erfolgen, dass immer nur ein verhältnismässig kleiner Teil des Gebietes, durchschnittlich eine Hektare, abgedeckt ist. Gemäss Ziff. 2 Bst. i des Bauentscheids von 1958 ist das ausgebeutete Gebiet sukzessive bis 3 m über den höchsten Grundwasserstand wieder aufzufüllen. Die aufgefüllten Partien sind mit Humus abzudecken und sobald wie möglich zur Kultivierung zu übergeben. Diese beiden Nebenbestimmungen sind nicht eingehalten. Wie der Augenschein gezeigt hat, ist gegenwärtig das ganze Abbaugelände "Bodeweid" weitestgehend abgedeckt. Die offene Fläche wurde zwar nicht erhoben, angesichts der bewilligten Abbaufäche von circa 500 Aren dürfte sie sich in der Grössenordnung von 350 bis 400 Aren bewegen. Sie überschreitet somit die gemäss Baubewilligung von 1958 erlaubte Fläche mehrfach. Diese Auflage konnte nicht mit den späteren Gewässerschutzbewilligungen aufgehoben werden. Für die vorhandene, deutlich grössere Abdeckung hätte die Beschwerdegegnerin ein Baugesuch stellen müssen. Insoweit überschreitet sie die Baubewilligung von 1958. In Ziff. 2 Bst. q der Baubewilligung wird davon Kenntnis genommen, dass der Abbau der Kieswand durch Ausschwemmung mit Wasser vorgenommen wird. Hintergrund dieser Nebenbestimmung ist offenbar der Bericht der Gemeinde vom 3. Oktober 1957. Dieser schlug unter anderem vor zu verlangen, dass das Material abgeschwemmt statt abgebaggert wird. Bewilligt wurde somit ausschliesslich die Ausbeutung durch Ausschwemmung. Gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin am Augenschein wurde diese Abbaumethode aus technischen Gründen nie angewandt.⁵¹ Unabhängig davon widerspricht die praktizierte Abbaumethode der Baubewilligung von 1958. Sie ist somit formell rechtswidrig. Die Beschwerdegegnerin hätte aufgrund der vorgefundenen geologischen Verhältnisse eine Änderung dieser Auflage erwirken müssen.

e) Zusammenfassend steht fest, dass die Beschwerdegegnerin die 2002 begonnene Kiesausbeutung auf den Parzelle Nrn. I._____, Nrn. H._____ und P._____ ohne Baubewilligung betreibt. Bereits aus diesem Grund liegt ein baurechtswidriger Zustand vor. Selbst wenn die Kiesausbeutung gestützt auf die Baubewilligung von 1958 grundsätzlich noch ausgeübt werden dürfte, wäre der Kiesabbau auf der heutigen Parzelle Nr. I._____ nicht zulässig, da diese Parzelle ausserhalb des von der Bewilligung erfassten Ausbeutungsgebiets der Beschwerdegegnerin liegt. Im Übrigen gälten ausschliesslich

⁵¹ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 5. August 2015 S. 6, Votum Y._____

Materialentnahme, Wiederauffüllung und Rekultivierung als bewilligt, nicht aber die Lagerung und das Aufbereiten von ortsfremdem Material oder die Entgegennahme, Behandlung und Aufbereitung von mineralischen Bauabfällen. Zudem würden verschiedene Auflagen und Bedingungen der Baubewilligung von 1958 verletzt. Es liegt deshalb ein baurechtswidriger Zustand vor.

6. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Das bisher Ausgeführte ergibt, dass der Betrieb der Beschwerdegegnerin im Gebiet "Bodeweid"/"Hubelacher" in verschiedener Hinsicht nicht baurechtskonform ist. Vor Inangriffnahme der Etappe VII hätte nicht nur ein Gewässerschutzbewilligungsverfahren, sondern (zumindest) auch ein Baubewilligungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden müssen. Selbst wenn gestützt auf die Baubewilligung von 1958 heute noch Kies abgebaut werden dürfte, wäre der Kiesabbau auf der Parzelle Nr. I. _____ davon nicht erfasst und der Kiesabbau auf den Parzellen Nrn. H. _____ und P. _____ würde gegen verschiedene Nebenbestimmungen verstossen. Zudem wären weder das Lagern und Verarbeiten von ortsfremdem Material noch der Aufbereitungsplatz für Recyclingbaustoffe von der Baubewilligung von 1958 abgedeckt. Es besteht somit ein unrechtmässiger Zustand. Insoweit ist die Beschwerde begründet. Bei diesem Ergebnis kann offen gelassen werden, ob der Betrieb der Beschwerdegegnerin auch gegen das in der Zwischenzeit aufgehobene Kiesgrubenreglement verstossen hat. Soweit das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland während des Beschwerdeverfahrens die Folgenutzung im Gebiet "Bluemisberg" nachträglich bewilligt hat, ist das Beschwerdeverfahren hingegen gegenstandslos geworden.

b) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde der jeweiligen Grundeigentümerin oder dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Mit der Wiederherstellungsverfügung kann sie insbesondere den Abbruch widerrechtlicher Bauteile, die Unterlassung oder Änderung der Nutzung oder den Wiederaufbau widerrechtlich abgebrochener Bauteile verlangen. Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein

und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen, was von Amtes wegen zu prüfen ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 und 3 BV, Art. 47 Abs. 6 BewD). Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist. Die Wiederherstellung kann jedoch unterbleiben, wenn die verantwortliche Person in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt und wenn der Beibehaltung des unrechtmässigen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche oder nachbarliche Interessen entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung der bzw. des Pflichtigen nicht durch ein genügendes, konkretes öffentliches oder nachbarliches Interesse gerechtfertigt ist. In solchen Fällen wäre eine Wiederherstellung nur zum Zweck der Durchsetzung der Rechtsordnung unverhältnismässig.⁵² Nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG).

c) Gemäss Art. 72 Abs. 1 VRPG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird⁵³. Da die Vorinstanz zum Schluss kam, dass abgesehen von den übermässigen Lärmimmissionen kein baurechtswidriger Zustand vorliege, hatte sie keinen Anlass, die Voraussetzungen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu prüfen. Sie hat sich somit noch gar nicht mit diesem Aspekt befasst. Es ist nicht Sache der BVE als Beschwerdeinstanz, ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes durchzuführen und als erste Instanz zu prüfen, ob die Wiederherstellung im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Vertrauensgrundsatz nicht verletzt. Zudem kommt der erstinstanzlichen Behörde bei der Frage ob, in welchem Umfang, mit welchen Massnahmen und innert welchem Zeitraum der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, ein beträchtlicher Entscheidungsspielraum zu. In Gutheissung der Beschwerde und entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführenden gehen die Akten deshalb zurück an

⁵² Vgl. zum Ganzen Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 8 ff.)

⁵³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 3

die Vorinstanz zur Fortsetzung des Wiederherstellungsverfahrens.⁵⁴ Sie wird die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands veranlassen und dabei die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Vertrauensschutzes berücksichtigen (vgl. dazu Art. 47 Abs. 6 BewD). Soweit die Vorkehren (auch) materiell rechtswidrig sind, wird die Vorinstanz somit zu prüfen haben, welche Massnahmen geeignet und erforderlich sind, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Zudem wird sie zu entscheiden haben, ob aus Gründen des Vertrauensschutzes oder des Zeitablaufs ganz oder teilweise auf die Wiederherstellung zu verzichten ist.

Der Beschwerdegegnerin steht es frei, ein nachträgliches Baugesuch für den Kiesabbau einzureichen oder, wie das AWA in seinem Fachbericht vom 15. April 2013 empfohlen hat, eine Überbauungsordnung ausarbeiten zu lassen, wenn sie will, dass ihr Vorhaben aufgrund der einschlägigen Vorschriften einlässlich geprüft und je nach Ergebnis (teilweise) bewilligt wird.

7. Kosten des baupolizeilichen Verfahrens

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, entsprechend dem Unterlieger- und Verursacherprinzip sowie aufgrund der mehrfachen schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör seien die ihnen auferlegten Verfahrenskosten des baupolizeilichen Verfahrens von der Vorinstanz zu tragen. Eine Kostenbeteiligung für das Lärmgutachten sei im Widerspruch zu den Erwägungen in Ziffer 21. Im Übrigen seien die amtlichen Kosten und Auslagen absolut überrissen und unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe keinen Nachweis für die angeblich angefallenen Kosten erbracht.

Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdeführenden seien während des gesamten baupolizeilichen Verfahrens anwaltlich vertreten gewesen. Die Prüfung der sehr umfangreichen Eingaben sei anforderungsreich und aufwändig gewesen. Die Vorwürfe der Beschwerdeführenden gegenüber dem Betrieb der Beschwerdegegnerin würden zudem

⁵⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9

äusserst schwer wiegen. Dem Baupolizeiverfahren sei entsprechend grosse Bedeutung beizumessen. Diesen Umständen sei bei der Kostenliquidation Rechnung zu tragen. Gegenstand des Baupolizeiverfahrens sei nicht die gängige baupolizeiliche Kontrolle gewesen. Um die gerügten Fragenkomplexe beurteilen zu können, habe die Baupolizeibehörde auf die Fachkompetenz der kantonalen Fachstellen und einer privaten Fachexpertin für Lärmgutachten zurückgreifen müssen. Zur Unterstützung in rechtlichen Belangen habe sie einen externen Juristen beigezogen. Hätte die Vorinstanz (soweit überhaupt möglich) die Abklärungen selber vornehmen und die Dokumente selber redigieren müssen hätte ihr zeitlicher Aufwand ein Vielfaches betragen. Eine angemessene teilweise Überwälzung dieser Drittkosten sei daher angezeigt. Die Kosten des Lärmgutachtens seien zusätzlich zu den Verfahrenskosten ausschliesslich der Beschwerdegegnerin auferlegt worden.

b) Das VRPG enthält für das Verwaltungsverfahren keine allgemeine Regel über die Kostenverlegung (vgl. Art. 107 Abs. 1 VRPG). Wer diese Kosten zu tragen hat, bestimmt sich somit nach dem Verursacherprinzip und den verschiedenen Sacherlassen.⁵⁵ Gemäss Art. 69 Abs. 4 Bst. a BauG können die Gemeinden in ihren (Bau-)Reglementen Gebühren für Leistungen der Gemeindeorgane im Baubewilligungsverfahren und bei baupolizeilichen Verrichtungen vorsehen. Die Verfahrenskosten (amtliche Kosten) bestehen aus den Gebühren und den Auslagen, welche die Gemeinde für ihre Tätigkeit im Baubewilligungsverfahren und für ihre baupolizeilichen Verrichtungen erheben kann (Art. 51 Abs. 1 BewD). Sie erlässt gemäss Art. 51 Abs. 3 BewD einen Gebührentarif. Mit dem Gebührenreglement⁵⁶ und der Gebührenverordnung⁵⁷ verfügt die Vorinstanz über eine ausreichende gesetzliche Grundlagen für die Erhebung von Gebühren. Gebühren und Auslagen schuldet, wer eine Dienstleistung nach diesem Reglement bestellt oder verursacht (Art. 2 Gebührenreglement). Massgeblich ist somit das Verursacherprinzip. Zu entscheiden ist deshalb, wer im vorliegenden Fall die Kosten verursacht bzw. das baupolizeiliche Verfahren veranlasst hat. Die Beschwerdeführenden haben zwar das Verfahren mit ihrer Anzeige in Gang gesetzt. Das heisst jedoch nicht, dass sie als verursachende Personen im Sinn des Gebührenrechts geltend. Wie das Beschwerdeverfahren gezeigt hat, betreibt die Beschwerdegegnerin die Kiesausbeutung ohne bzw. in Überschreitung der Baubewilligung. Sie ist deshalb verantwortlich für den baurechtswidrigen Zustand und gilt insoweit als Verursacherin der baupolizeilichen

⁵⁵ Vgl. dazu auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 107 N. 1

⁵⁶ Gebührenreglement der Einwohnergemeinde Rubigen vom 29. Mai 2008 (Gebührenreglement)

⁵⁷ Gebührenverordnung vom 24. Juni 2008 (Gebührenverordnung)

Abklärungen der Vorinstanz. An diesem Schluss ändert nichts, dass die Vorinstanz erst auf Anzeige der Beschwerdeführenden tätig geworden ist. Sie hätte auch von Amtes wegen einschreiten müssen (Art. 45 Abs. 2 BauG). Verursacherin des Verfahrens ist im vorliegenden Fall allein die Beschwerdegegnerin. Die Vorinstanz hat deshalb zu Unrecht einen Teil der Verfahrenskosten des baupolizeilichen Verfahrens den Beschwerdeführenden auferlegt. Die Beschwerde ist deshalb auch in diesem Punkt begründet.

c) Fraglich ist zudem, ob und wenn ja inwieweit die Vorinstanz die Kosten für die Beschaffung des Fachwissens für die Ausübung ihrer baupolizeilichen Aufgaben überhaupt den Verfahrensbeteiligten belasten kann. Grundsätzlich gilt, dass die Kosten für die Beschaffung des Fachwissens für die Tätigkeit der Gemeinden im Baubewilligungs- und Baupolizeiverfahren in den Verfahrenskosten inbegriffen ist. Solche Kosten können deshalb den Verfahrensbeteiligten nicht zusätzlich belastet werden. Demgegenüber gelten Kosten für besondere technische Untersuchungen und Expertisen als Auslagen, die zusätzlich zu den Verfahrenskosten erhoben werden können.⁵⁸

Da die Beschwerde gutgeheissen, der vorinstanzliche Entscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, braucht diese Frage nicht abschliessend beurteilt zu werden. Es wird Aufgabe der Vorinstanz sein, unter Berücksichtigung der vorangehenden Erwägungen die bisher entstandenen Verfahrenskosten für das baupolizeiliche Verfahren neu zu verlegen.

8. Kosten des Beschwerdeverfahrens

a) 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. 1'600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 7 GebV⁵⁹). Für den Augenschein vom 5. August 2015 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von Fr. 400.00 erhoben. Die Verfahrenskosten betragen somit Fr. 2'000.00.

⁵⁸ Vgl. dazu Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 33a N. 2

⁵⁹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Laut 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 Beschwerdegegnerin dringt mit ihren Anträgen nicht durch und gilt daher als unterliegende Partei. Zudem hat sie mit dem Einreichen des nachträglichen Baugesuchs dafür gesorgt, dass das Beschwerdeverfahren teilweise gegenstandslos wurde. Gründe für eine andere Verlegung sind keine ersichtlich. Insbesondere war die Beschwerdegegnerin von der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht betroffen. Aus diesem Grund hat sie die Verfahrenskosten zu tragen.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei grundsätzlich die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Gemäss Art. 104 Abs. 1 VRPG umfassen die Parteikosten den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand. Damit ist in erster Linie die Vertretung durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gemeint.⁶⁰ Da die Beschwerdeführenden im Beschwerdeverfahren nicht mehr anwaltlich vertreten sind, haben sie keinen Anspruch auf Parteikostenersatz.

Anders als das vorinstanzliche Verfahren war das Beschwerdeverfahren auch kein aufwändiges Verfahren. Deshalb ist den Beschwerdeführenden auch keine Parteientschädigung für das Prozessieren in eigener Sache zuzusprechen (vgl. Art. 104 Abs. 2 VRPG).⁶¹

III. Entscheid

1. Das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben, soweit es Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung der Gemeinde Rubigen vom 24. Februar 2015 und die Folgenutzung im Gebiet "Bluemisberg" betrifft.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Rubigen vom 24. Februar 2015 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Fortsetzung des Wiederherstellungsverfahrens zurückgewiesen.

⁶⁰ BVR 2012 S. 424 E. 5.2.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 104 N. 2

⁶¹ BVR 2012 S. 1 E. 6; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 104 N. 12

3. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.00 werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt.
Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau B._____ und Herrn A._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Rubigen, eingeschrieben
- Regierungsstatthalter von Bern-Mittelland, zur Kenntnis
- Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern, zur Kenntnis
- Amt für Wasser und Abfall, Abteilung Betriebe und Abfall, im Haus, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin