

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/61

Bern, 18. Dezember 2018

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

Herrn **B.** _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 1



Frau **C.** _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2

Frau **D.** _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 3

alle per Adresse Herrn B. _____

sowie

Baupolizeibehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, Industriestrasse 2, Postfach 145,
3602 Thun

betreffend die Wiederherstellungsverfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Thun vom
30. August 2018 (Lager- und Umschlagplatz)

I. Sachverhalt

1. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten sind Gesamteigentümer/Innen der Parzelle Thun-Strättligen Grundbuchblatt Nr. E. _____. Diese Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone und im Gewässerschutzbereich A_U. Mit Schreiben vom 20. März

2014¹ machte das Bauinspektorat die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten auf folgende Bauten und Anlagen ohne Baubewilligung aufmerksam: Unterstände für landwirtschaftliche Fahrzeuge und diverse Ablagerungen, Werkhof eines Gartenbauunternehmens, Erstellen eines Boccia-Platzes mit Container. Das Bauinspektorat gewährte den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten vor dem Erlass einer allfälligen Wiederherstellungsverfügung das rechtliche Gehör. Mit Schreiben vom 25. März 2014² nahmen die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten Stellung. Sie informierten das Bauinspektorat, dass sie die Pächter aufgefordert hätten, den Unterstand und den Container zu entfernen und die Rekultivierung vorzunehmen. Im Falle des Umschlagplatzes hätten sie vom Pächter direkte Abklärungen mit dem Bauinspektorat verlangt; einem allfälligen Baugesuch würden sie die Zustimmung erteilen. Die Beschwerdeführerin als Pächterin dieses Grundstücks richtete am 27. März 2014³ ebenfalls ein Schreiben an das Bauinspektorat. Darin führt sie aus, dass das Grundstück seit 1970 gewerblich genutzt werde und sich an dieser Nutzung bis heute nichts verändert habe. Sie selber habe die Pacht ab 1982 weitergeführt und die Parzelle seither als Umschlagplatz für Erde und Kies sowie kompostierbarem Material genutzt.

2. Mit Schreiben vom 5. März 2018⁴ gelangte das Amt für Wasser und Abfall (AWA) an die Stadt Thun und machte diese auf den Lager- und Umschlagplatz auf dieser Parzelle in der Landwirtschaftszone aufmerksam. Für die besagte Nutzung sei keine Gewässerschutzbewilligung erteilt worden. Das AWA bat die Stadt Thun, die Angelegenheit zu überprüfen und allenfalls ein Verfahren auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands in die Wege zu leiten. Nachdem das Bauinspektorat mit Schreiben vom 9. Mai 2018⁵ gegenüber dem AWA die Ansicht vertrat, dass die Fläche seit mehr als 30 Jahren gewerblich genutzt werde und daher bereits eine Verjährung vorliege, führte das AWA mit Antwort vom 6. Juni 2018⁶ aus, der Standort sei gemäss Luftbildern in den Jahren 1987, 1993 und 1998 noch bedeutend anders genutzt worden. Die Verwirkungsfrist beginne bei jeder wesentlichen Nutzungsänderung neu zu laufen. Die

¹ Vorakten pag. 55 f.

² Vorakten pag. 50.

³ Vorakten pag. 45.

⁴ Vorakten pag. 30.

⁵ Vorakten pag. 22.

⁶ Vorakten pag. 19.

Verjährungsfrist finde hier somit nicht Anwendung. Die Stadt Thun wurde gebeten, die Angelegenheit nochmals zu prüfen. In einem allfälligen nachträglichen Baubewilligungsverfahren könne geprüft werden, ob die heutige Nutzung bewilligungsfähig sei. Für diese Nutzung sei in jedem Fall eine Gewässerschutzbewilligung nötig.

3. Am 30. August 2018 erging eine Wiederherstellungsverfügung der Stadt, welche sowohl an die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten als Grundeigentümer/Innen wie auch an die Beschwerdeführerin als Verhaltensstörerin 1 und an den Pétanqueclub F._____ als Verhaltensstörer 2 gerichtet war. Darin verfügte die Stadt Thun Folgendes:

1. Der Boccia- bzw. Pétanqueplatz in der Westecke der Parzelle E._____ Thun-Strättligen (siehe Bereich A im beigelegten Luftbild) ist zurückzubauen und wieder zu begrünen.
2. Der Lager- und Umschlagsplatz (siehe Bereich B im beigelegten Luftbild) ist zurückzubauen und wieder zu begrünen.
3. Der Vollzug des Rückbaus gemäss Punkt 1 und 2 ist dem Bauinspektorat der Stadt Thun bis spätestens 30. April 2018 zu melden.
4. [Kosten]
5. [Eröffnung]

In den Erwägungen führte sie u.a. aus, dass die Wiederherstellungsverfügung aufgeschoben wird, wenn der oder die Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht.

Am 10. September 2018 nahm die Stadt eine Bereinigung des Dispositivs der Verfügung vom 30. August 2018 vor, indem – soweit hier interessierend – die Frist gemäss Ziffer 3 vom 30. April 2018 auf den 30. April 2019 korrigiert wurde.⁷

4. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 25. September 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt die Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung vom 30. August 2018, eventualiter sei die Angelegenheit zurückzuweisen.

⁷ Vorakten pag. 2 f.

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁸, führte einen Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Stadt ging mit Stellungnahme vom 2. Oktober 2018 auf die Beschwerde ein, ohne ausdrücklich einen Antrag zu stellen. Von den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten ging innert Frist keine Stellungnahme ein.

Mit Verfügung vom 2. November 2018 stellte das Rechtsamt der Beschwerdeführerin das Schreiben des AWA vom 6. Juni 2018 inkl. Luftbilder zu und gab ihr Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit nahm die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. November 2018 wahr. Mit Schreiben vom 22. November 2018 nahm schliesslich das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) zur Beschwerde Stellung und reichte dabei weitere Luftbilder ein. Von der Beschwerdeführerin ging am 11. Dezember 2018 eine weitere Eingabe ein.

6. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁹ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin und Pächterin des betreffenden Grundstücks durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

⁸ 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).

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

2. Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.¹⁰

b) Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Beschwerde zwar die vollständige Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung. Inhaltlich richtet sich die Beschwerde jedoch nur gegen den Rückbau ihres Lager- und Umschlagplatzes (Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung). Der Rückbau des Boccia- bzw. Pétanqueplatzes, welcher durch den Pétanqueclub Cavallino betrieben wird (Verhaltensstörer 2 der Verfügung), wird in der Beschwerde mit keinem Wort thematisiert und bildet damit nicht Streitgegenstand dieser Beschwerde. Aus den Vorakten ergibt sich, dass bezüglich des Pétanque-Spielplatzes bei der Stadt Thun ein nachträgliches Baugesuch eingereicht wurde.¹¹

3. Verletzung des rechtlichen Gehörs

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe zwar im Jahr 2014 Stellung nehmen können, nach der jahrelangen Untätigkeit der Behörde sei sie jedoch davon ausgegangen, dass die Angelegenheit erledigt sei. Bei der Wiederherstellungsverfügung vom 31. August 2018 stütze sich die Vorinstanz auf ein Schreiben des AWA vom 6. Juni 2018 mit Luftbildern aus den Jahren 1987, 1993 und 1998. Dieses ihr unbekannte Beweismaterial habe zum nun angefochtenen Entscheid geführt. Die Behörde habe die Parteien anzuhören, bevor sie verfüge; zum Ergebnis des Beweisverfahrens müssten die Parteien Stellung nehmen können.

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8.

¹¹ Vorakten pag. 1.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG¹² gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Das rechtliche Gehör ist zu Sachverhaltsfragen zu gewähren. Es besteht in der Regel kein Anspruch auf rechtliches Gehör zu Rechtsfragen.¹³

c) Die Beschwerdeführerin konnte sich im Jahr 2014 zwar zur unbewilligten Nutzung der von ihr gepachteten Parzelle Thun-Strättligen Grundbuchblatt Nr. E._____ als Lager- und Umschlagplatz für ihr Gartenbauunternehmen äussern. Nachdem das Verfahren jedoch bei der Stadt wegen der Pensionierung des zuständigen Verfahrensleiters und der hohen Arbeitsauslastung rund vier Jahre ruhte (vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. 3), nahm sie dieses erst im März 2018 auf Aufforderung des AWA wieder auf. Der Beschwerdeführerin wurde die Wiederherstellungsverfügung vom 30. August 2018 zugestellt, ohne dass sich diese zu dem für den Entscheid massgebenden Schreiben des AWA mit den Luftbildern äussern konnte. Damit hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

d) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung jedoch eine Heilung grundsätzlich aus.¹⁴ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁵

Gemäss Art. 40 Abs. 3 BauG kommt der BVE als Beschwerdeinstanz die volle Überprüfungsbefugnis zu. Es ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin durch die Heilung der Gehörsverletzung ein Nachteil erwachsen würde. Die in der angefochtenen

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

¹³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 7 f.

¹⁴ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16.

¹⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 9.

Verfügung erwähnten Luftbilder von 1987, 1993 und 1998 der swisstopo sind frei zugänglich; davon wusste offenbar auch die Beschwerdeführerin, reichte sie als Beschwerdebeilage ebenfalls solche Luftbilder ein. Aus der angefochtenen Verfügung geht sodann die für die Vorinstanz massgebende Einschätzung des AWA hervor, wonach gestützt auf die Luftbilder vor weniger als 30 Jahren eine deutliche Veränderung der Nutzung erkennbar sei und die Verjährung noch nicht eingetreten sei. Die Eingabe des AWA vom 6. Juni 2018 inkl. der Luftbilder wurden der Beschwerdeführerin sodann mit Verfügung vom 2. November 2018 zugestellt, wobei sie Gelegenheit erhielt, sich hierzu zu äussern. Die Gehörsverletzung konnte so geheilt werden. Damit hat die Beschwerdeführerin ihre Rechte im Beschwerdeverfahren vollumfänglich wahrnehmen können; ihr ist durch die Verfahrensmängel kein Nachteil entstanden. Die im Baubewilligungsverfahren begangene Gehörsverletzung ist jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁶

4. Verwirkungsfrist

a) Gemäss den unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin wurde die umstrittene Parzelle bis im Jahr 1970 zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt. In den Jahren 1971 bis 1981 war sie an eine Baumschule für die gartenbauliche Nutzung verpachtet. Im Jahr 1982 hat die Beschwerdeführerin (damals bezeichnet als "Herrn G._____, Gärtnerei"¹⁷) die Pacht der Fläche übernommen.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe ab 1982 die gewerbliche Nutzung dieser Parzelle im Rahmen gartenbaulicher Tätigkeiten als Erden- und Umschlagsplatz weitergeführt. Dazu sei das Lagern und Umschlagen von Grün-, Häcksel-, und Kompostmaterial sowie der Umschlag von Aushub-, Kiesmaterial und Natursteinen gekommen. Seit über 36 Jahren nutze sie einen Bereich dieser Parzelle als Lager- und Umschlagplatz. Es werde verkannt, dass es sich bei einem Lager- und Umschlagplatz um eine dynamische Nutzung handle. Je nach Jahreszeit und Lager- und Umschlagsmaterial könne dieser Platz tatsächlich anders erscheinen, die Nutzung bleibe trotzdem dieselbe. Jegliche Lagerung und jeder darauf getätigte Umschlag diene seit 1982 demselben Betrieb

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

¹⁷ Vgl. Beilage 6 zur Beschwerde vom 25. September 2018.

für die gartenbaulichen Tätigkeiten. Von dieser Nutzung sei nie abgewichen worden. Die Verwirkungsfrist von 30 Jahren sei überschritten und dies seit mindestens 2012.

b) Die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands kann längstens bis zum Ablauf von 30 Jahren seit Beendigung der rechtswidrigen Arbeiten verlangt werden. Diese 30-jährige Verwirkungsfrist gilt gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für Bauten ausserhalb der Bauzonen.¹⁸ Sind Polizeigüter im engeren Sinne betroffen, ist insbesondere die Sicherheit oder die Gesundheit von Personen gefährdet, so kann jederzeit (auch nach 30 Jahren noch) Abhilfe gefordert werden. Die Verwirkungsfrist beginnt bei Nutzungen mit jeder wesentlichen Nutzungsänderung neu zu laufen.¹⁹

c) Massgebend für die 30-jährige Verwirkungsfrist ist das Schreiben des Bauinspektors Thun an die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten vom 20. März 2014, mit welchem diese auf den unbewilligten Zustand aufmerksam gemacht sowie über die rechtlichen Konsequenzen informiert wurden und sie Gelegenheit erhielten, vor dem Erlass einer allfälligen Wiederherstellungsverfügung dazu Stellung zu nehmen.²⁰ Die Verwirkungsfrist würde damit greifen, wenn die baubewilligungspflichtigen Vorgänge am 20. März 1984 bereits abgeschlossen gewesen wären und wenn danach keine weiteren, wesentlichen Nutzungsänderungen stattgefunden hätten.

Aufgrund der Luftbilder in den Vorakten sowie aufgrund der vom AGR mit Eingabe vom 22. November 2018 eingereichten Luftbilder lässt sich feststellen, dass die Beschwerdeführerin im betreffenden Bereich der Parzelle Thun-Strättligen Grundbuchblatt Nr. E._____ nach 1984 noch wesentliche Änderungen vorgenommen hat. So sind zwar bereits auf dem Luftbild von 1987 neben Pflanzungen gewisse Lagerflächen erkennbar. Die anschliessenden Luftbilder zeigen jedoch eine deutliche Veränderung, indem die Lager- und Umschlagsflächen auf der Parzelle Thun-Strättligen Grundbuchblatt Nr. E._____ zuerst leicht ausgedehnt wurden (vgl. Luftbilder 1993 und 1997/1998) und die Fläche danach mehr und mehr zu einem reinen Abstell- und Umschlagsplatz umfunktioniert wurde (vgl. Luftbilder 2000, 2004 und heute). Die Bepflanzungen sind auf diesen Bildern verschwunden, die versiegelte Fläche ist im Vergleich zum Zustand 1987

¹⁸ BGE 1C_150/2016 vom 20.09.2016, E. 10.5.

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 11/11a.

²⁰ vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11a.

deutlich grösser. Die Fotos in den Vorakten²¹ zeigen auf, dass der Boden im Unterschied zum Zustand 1987 teilweise asphaltiert und der Zufahrtsweg bekiest und ausgebaut ist. Zudem sind auf den Fotos Kompartimente für die Lagerung von Rohmaterial zu sehen. Seit 1997 ist auf den Luftbildern schliesslich neu eine grössere Hecke entlang des Platzes erkennbar, welche auch auf den Fotos des aktuellen Zustands zu sehen ist. Diese Fotos lassen insgesamt den Schluss zu, dass der Grossteil der baulichen Veränderungen der ehemals vor allem für Pflanzungen genutzten Fläche zu einem Lager- und Umschlagplatz erst nach 1987 vorgenommen wurde und es sich dabei um wesentliche Veränderungen gehandelt hat. Der Beschwerdeführerin gelingt es nicht, das Gegenteil zu beweisen, obwohl die Beweislast bei ihr liegt; denn wer aus einer beweisbedürftigen Tatsache etwas für seinen Rechtsstandpunkt ableiten will, trägt die Beweislast und damit auch die Folgen der Beweislosigkeit.²² Was die Beschwerdeführerin vorbringt, überzeugt nicht. Die auf den Luftbildern und Fotos deutlich erkennbaren Veränderungen im Vergleich zum Zustand 1987 lassen sich nicht nur mit der dynamischen Nutzung eines Lager- und Umschlagplatzes erklären. Zudem führt die Beschwerdeführerin selber aus, dass im Verlaufe der Zeit neben der Lagerung von Erde weitere Materialablagerungen (Grün-, Häcksel- und Kompostmaterial sowie Aushub-, Kiesmaterial und Natursteine) dazu kamen. Mit den anlässlich der Eingabe vom 10. Dezember 2018 eingereichten Bildern aus dem Jahr 1995 (Beilage 5 dieser Eingabe) vermag die Beschwerdeführerin ebenfalls nicht zu belegen, dass nach dem massgebenden Zeitpunkt vom 20. März 1984 keine wesentlichen Veränderungen auf dieser Parzelle stattgefunden haben. Vielmehr wird mit diesen Bildern verdeutlicht, dass – wie ausgeführt – der Platz und die Zufahrt in den 90er-Jahren ausgebaut wurde und die Fläche bereits im Jahr 1995 klar vom Zustand 1987 abwich. Wieso sich aus diesen Bildern aus dem Jahr 1995 bzw. aus den gemäss der Beschwerdeführerin darauf erkennbaren Abnutzungsspuren schliessen lassen soll, dass sieben Jahre vorher dieselbe Nutzung als Lager- und Umschlagplatz in derselben Ausdehnung bestand, ist nicht nachvollziehbar und steht im Widerspruch zu der auf dem Luftbild aus dem Jahr 1987 klar erkennbaren Situation. Die gemäss Beschwerdeführerin gleichbleibende Nutzung lässt sich ebenso wenig aus der Vereinbarung der Einwohnergemeinde Thun mit der Grundeigentümerschaft aus dem Jahr 1987 (Beilage 2 der Eingabe vom 10. Dezember 2018) ableiten. So ist nicht bestritten, dass die Parzelle schon damals in gewissem Umfang bewirtschaftet wurde; dies ändert aber nichts an der

²¹ Vorakten pag. 57 ff.

²² Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., 1997, Art. 19 N. 3.

Tatsache, dass der Wandel in einen gewerblichen Lager- und Umschlagplatz mit den aufgeführten, wesentlichen Veränderungen erst nach 1987 erfolgt ist.

Aufgrund der wesentlichen Nutzungsänderungen nach 1987 ist die 30-jährige Verwirkungsfrist im massgebenden Zeitpunkt vom 20. März 2014 noch nicht abgelaufen. Die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands kann daher nach wie vor verlangt werden. Art. 46 Abs. 3 BauG, wonach die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach Ablauf von fünf Jahren seit Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit nur verlangt werden kann, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern, gelangt ebenfalls nicht zur Anwendung. Denn diese Fünfjahresfrist gilt nicht, wenn die Wiederherstellung einen bundesrechtlich geregelten Sachverhalt (wie das Bauen ausserhalb der Bauzone) betrifft.²³ Dies ist vorliegend der Fall.

5. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Rückbau des Lager- und Umschlagplatzes verletze das Gebot des Vertrauensschutzes. Seit Beginn nutze sie diese Fläche als Lager- und Umschlagplatz. Die Stadt habe von Beginn an von dieser gewerblichen Nutzung gewusst. Eine nach Jahrzehnten so unerwartete Wiederherstellung hätte für sie gravierende betriebliche Folgen. Das Belassen des Lager- und Umschlagplatzes widerspreche schliesslich keinen schwerwiegenden öffentlichen Interessen, was durch das rund 40-jährige Dulden durch die Behörden bekräftigt werde.

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 eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen

²³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11.

Zustands nötig ist, und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.²⁴

c) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz treuwidriges Verhalten vor, indem der heutige Zustand über mehrere Jahrzehnte akzeptiert worden sei. Die blossе Untätigkeit der Behörde jedoch berechtigt nicht zur Annahme, das Bauen oder Nutzen sei rechtmässig. Ein blosses Zuwarten der Behörden schafft in der Regel noch kein genügendes Vertrauen und hindert die Behörde nicht am späteren Einschreiten, zumal die Bauherrschaft vom Zuwarten der Behörden in der Regel profitiert hat. Untätigkeit der Behörde kann nur dann einen Vertrauenstatbestand begründen, wenn die Behörden eine Rechtswidrigkeit über Jahre hinweg duldeten, obschon ihnen die Rechtswidrigkeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt und die Rechtswidrigkeit für die Bauherrschaft bei gebotener Sorgfalt nicht erkennbar war.²⁵

Zwar ist vorliegend nicht auszuschliessen, dass der Stadt Thun der unbewilligte Lager- und Umschlagplatz schon länger bekannt war und sie schon früher hätte einschreiten müssen. Dies alleine genügt jedoch nicht, um einen Vertrauenstatbestand zu begründen. Die weiteren Voraussetzungen dafür sind nicht erfüllt: Einerseits wiegt die Verletzung öffentlicher Interessen hier schwer (vgl. nachfolgend, E. 5d). Andererseits verdient die Bauherrschaft, welche die nach den Umständen zumutbare Aufmerksamkeit und Sorgfalt vermissen lässt, keinen Schutz und kann sich gegenüber einer Wiederherstellungsverfügung nicht auf ihren guten Glauben berufen.²⁶ Hier hätte die Beschwerdeführerin nicht nur wissen müssen, dass der Ausbau zu einer gewerblichen Lagerhaltung baubewilligungspflichtig ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern.²⁷ Die Beschwerdeführerin hätte daher bei gebotener Sorgfalt auch annehmen müssen, dass ein gewerblicher Lager- und Umschlagplatz mit Betonkompartimenten, einer zu grossen Teilen versiegelten Bodenfläche und einer bekiesten Zugangsstrasse in der Landwirtschaftszone nicht bewilligungsfähig sein dürfte.

Selbst wenn – entgegen dem Ausgeführten – aufgrund der Untätigkeit der Behörde ein gewisser Vertrauenstatbestand geschaffen worden wäre, so liesse sich daraus nichts

²⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

²⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b, Bst. a.

²⁶ VGE 100.2008.23496 vom 28. April 2009, E. 4.2.2.

²⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b, Bst. a.

zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten. So stellt die Wahrung der Zonenkonformität in der Landwirtschaftszone aufgrund des Trennungsgebots des Baugebiets vom Nichtbaugebiet als Kernanliegen der Raumplanung ein so gewichtiges öffentliches Interesse dar (vgl. nachfolgend, E. 5d), dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei der vorliegenden erheblichen Abweichung vom Erlaubten selbst bei gutem Glauben angezeigt wäre.²⁸

d) Am verfükten Rückbau des Lager- und Umschlagplatzes besteht – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – ein erhebliches öffentliches Interesse. Dieses öffentliche Interesse besteht einerseits in der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, wobei dem öffentlichen Interesse am konsequenten Vollzug des Bau-, Planungs- und Umweltrechts ausserhalb des Baugebiets besonderes Gewicht zukommt.²⁹ Andererseits sprechen auch präjudizielle Gründe für eine vollständige Wiederherstellung. Der Bauherr, der ohne Baubewilligung baut, soll nicht besser gestellt werden als ein Bauherr, der die Baubewilligung einhält. Dazu kommt, dass vorliegend aufgrund des Ausmasses des Lager- und Umschlagsplatzes nicht von einer vernachlässigbaren oder unbedeutenden Abweichung vom Erlaubten gesprochen werden kann.

e) Zu prüfen bleibt, ob die angeordnete Wiederherstellungsmassnahme verhältnismässig, also geeignet und erforderlich ist, um den mit der Wiederherstellung verfolgten Zweck zu erreichen. Geeignet ist eine Massnahme dann, wenn damit der gewünschte Erfolg herbeigeführt werden kann. Erforderlich sein bedeutet, dass die gewählte Massnahme nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes nötig ist. Ausserdem muss die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung der Pflichtigen für diese zumutbar sein, d.h. die Belastung für den Pflichtigen muss in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.³⁰ Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es sodann als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen (sog. formelle Rechtswidrigkeit). In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird,

²⁸ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b, Bst. d.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 1C_397/2007 vom 27. Mai 2008 E. 3.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a.

³⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c.

hat die Rechtsmittelbehörde deshalb summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte (sog. materielle Rechtswidrigkeit).³¹

Der Rückbau des Lager- und Umschlagplatzes ist geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist dieser Rückbau auch notwendig. Der Rückbau ist für die Beschwerdeführerin sodann zumutbar: Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist vorliegend gross (vgl. E. 5d). Es überwiegt die Nachteile, die der Beschwerdeführerin durch die Wiederherstellung entstehen. Angesichts der strengen Rechtsprechung³² betrifft dies auch die Vermögensinteressen, welche der Beschwerdeführerin durch die Wiederherstellung anfallen. Ohnehin macht die Beschwerdeführerin selbst nicht geltend, dass ihr durch den Rückbau erhebliche Kosten entstehen würden. Selbst wenn diese Kosten für den Rückbau und die Begrünung nicht leicht wiegen sollten, werden sie von den öffentlichen, für den Rückbau und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechenden Interessen in der Landwirtschaftszone übertroffen. Die Beschwerdeführerin bringt zwar vor, die Wiederherstellung hätte für sie gravierende betriebliche Folgen. Dies begründet sie jedoch nicht näher. Es ist zumutbar, dass die Beschwerdeführerin für die gelagerten Materialien einen anderen Standort (in der Bauzone) sucht.

Aufgrund einer summarischen Prüfung ergibt sich sodann, dass das Vorhaben nicht bewilligungsfähig wäre. Zonenkonform im Sinne von Art. 16a RPG³³ i.V.m. Art. 34 RPV³⁴ sind in der Landwirtschaftszone im Bereich des Gartenbaus nur Bauten und Anlagen, die für den bodenabhängig produzierenden Gartenbau notwendig sind und entweder für die Produktion verwertbarer Erzeugnisse aus Pflanzenbau und Nutztierhaltung oder für die Bewirtschaftung naturnaher Flächen verwendet werden. Der vorliegende Lager- und Umschlagplatz stellt – wie dies die Beschwerdeführerin selber festhält – eine gewerbliche Tätigkeit dar. Diese rein gewerbliche Lagerhaltung für ein Gartenbauunternehmen ist nicht auf Landwirtschaftsboden angewiesen und kann – der Einschätzung des AGR folgend – gestützt auf die erwähnten Bestimmungen nicht als zonenkonform bewilligt werden. Auch die Voraussetzungen für eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 RPG sind nicht erfüllt, erfordert der Zweck dieser Anlage (Lager- und Umschlagplatz gewerblicher Art) doch

³¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a.

³² vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c mit weiteren Hinweisen.

³³ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

³⁴ Raumplanungsverordnung des Bundesrates vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

keinen Standort ausserhalb der Bauzonen. Weitere Ausnahmebestimmungen nach Art. 24 ff. RPG gelangen ebenfalls nicht zur Anwendung.

f) Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Vertrauensgrundsatz nicht verletzt und die Wiederherstellungsverfügung ist im öffentlichen Interesse sowie verhältnismässig und damit rechters. Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Die von der Stadt Thun angesetzte Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (30. April 2019) ist zwar noch nicht abgelaufen, trotzdem ist es angebracht, diese Frist aufgrund des Beschwerdeverfahrens neu anzusetzen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin ab dem Zeitpunkt des Entscheids eine Frist von acht Monaten eingeräumt. Diese Frist erachtet die BVE als angemessen, bleibt doch der Beschwerdeführerin damit genügend Zeit, um neben dem Rückbau und der Begrünung des Lager- und Umschlagplatzes für die gelagerten Materialien einen alternativen Standort in der Bauzone zu finden. Der Beschwerdeführerin wird daher für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Bezug auf den Lager- und Umschlagplatz ab dem Zeitpunkt des vorliegenden Entscheids ebenfalls eine Frist von gut acht Monaten gewährt. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hat neu bis am 31. August 2019 zu erfolgen. Diese neue Frist gilt einzig für den Rückbau und die Begrünung des Lager- und Umschlagplatzes. Der Boccia- bzw. Pétanqueplatz (Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung), für welchen die Vorinstanz ebenfalls eine Wiederherstellungsfrist bis 30. April 2019 angesetzt hat, bildet nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

6. Kosten

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. 20 Abs. 1 GebV³⁵).

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere

³⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihren Anträgen und gilt daher grundsätzlich als unterliegend. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Stadt Thun das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hat. Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken.³⁶ Es rechtfertigt sich daher, der Beschwerdeführerin nur drei Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 1'200.00, zur Bezahlung aufzuerlegen. Da die Stadt Thun, welche die Gehörsverletzung zu verantworten hat, nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, können ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten trägt deshalb der Kanton.

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Stadt Thun vom 30. August 2018 wird bestätigt.
2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Ziffer 3 der Verfügung der Stadt Thun vom 30. August 2018 wird hinsichtlich des Rückbaus und der Begrünung des Lager- und Umschlagplatzes neu auf den 31. August 2019 angesetzt.
3. Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 1'200.00 zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

³⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03. September 2003, E. 3.2, in BVR 2004 S. 138.

IV. Eröffnung

- A._____, eingeschrieben
- Herrn B._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident