

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2019/105 vom 20.4.2020).

RA Nr. 120/2018/62

Bern, 12. Februar 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Neuenegg, Gemeindeverwaltung, Dorfstrasse 16, 3176 Neuenegg

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Neuenegg vom 27. August 2018 (BP-2017-425; Hauszufahrt und Viehtriebweg - Erinnerung Wiederherstellungsverfügung)

I. Sachverhalt

1. Auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin verläuft neben der Hauszufahrt ein Weg. Die Parzelle Neuenegg Gbbl. Nr. G. _____ liegt in der Landwirtschaftszone. Der Beschwerdegegner nutzte diesen Weg, um das Vieh zwischen Weide und Stall durchzuführen. Auf Anzeige des Beschwerdegegners hin stellte die Gemeinde im März

2017 fest, dass die Beschwerdeführerin auf dem Weg einen Mergelbelag eingebaut hatte. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 28. März 2018 ordnete die Gemeinde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wie folgt an:

- «1. Die Hauszufahrt gilt es in die ursprüngliche befestigte Breite innert 90 Tagen zurückzubauen.
Die Verbreiterung der Hauszufahrt mit einem Mergelbelag ist in einen Viehtriebweg mit seitlicher Begrünung innert 90 Tagen zurückzubauen.
Die Baupolizeibehörde wird den Rückbau der Terrainaufschüttung notfalls mit Polizeigewalt durchsetzen.
2. (Vermessungskosten)
3. Der Strassenanschluss an die Gemeindestrasse gilt es nach den Weisungen des Werkhofchef (...) auszuführen. (...)»

Gleichzeitig drohte die Gemeinde die Ersatzvornahme sowie eine Busse bei Nichtbefolgung an und gab der Beschwerdeführerin Gelegenheit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. In den Erwägungen hielt sie dazu fest, dass eine Baubewilligung gemäss Beurteilung des Amts für Gemeinden und Raumordnung (AGR) jedoch nicht in Aussicht gestellt werden könne. Die Beschwerdeführerin reichte kein nachträgliches Baugesuch ein. Die Wiederherstellungsverfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

2. Mit Schreiben vom 20. Juli 2018 teilte der Beschwerdegegner der Gemeinde mit, dass die Beschwerdeführerin die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht vorgenommen habe. Am 27. August 2018 erliess die Gemeinde gegenüber der Beschwerdeführerin die Verfügung "Erinnerung Wiederherstellungsverfügung - Hauszufahrt und Viehtriebweg". Die Gemeinde erwog, der Augenschein habe gezeigt, dass lediglich eine minimale Veränderung mittels Bepflanzung erfolgt sei und verfügte Folgendes:

- «1. Die Wiederherstellung wie in der Verfügung der Bau- und Planungskommission vom 28. März aufgezeigt, gilt es innert 30 Tagen umzusetzen.»

Zudem drohte sie erneut die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

3. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 27. September 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der rechtmässige Zustand wiederhergestellt worden sei.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Es beteiligte den Beschwerdegegner am Beschwerdeverfahren.

Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 25. Oktober 2018, die Beschwerde sei abzuweisen und die angefochtene Verfügung vollumfänglich zu bestätigen. Der Beschwerdegegner beantragt mit Eingabe vom 19. November 2018, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Voraussetzung und Ausgangspunkt eines Beschwerdeverfahrens ist das Vorliegen eines zulässigen Anfechtungsobjekts, d.h. einer Verfügung (vgl. Art. 60 Abs. 1 Bst. a VRPG²). Die angefochtene Verfügung weist die formellen Verfügungsmerkmale gemäss Art. 52 VRPG auf. Dies allein bedeutet aber noch nicht, dass ein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliegt; die Verfügung muss auch materiell Verfügungsqualität aufweisen. Das heisst, es muss sich um eine Anordnung handeln, mit der die Gemeinde im

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

konkreten Fall Rechte und Pflichten verbindlich geregelt hat (materieller Verfügungsbegriff).³ Dies ist vorliegend umstritten.

Die Beschwerdeführerin rügt, sie werde durch die angefochtene Verfügung neu beschwert. Der Gemeinde sei es nur um die Verbreiterung der Hauszufahrt und die fehlende Trennung von Hauszufahrt und angrenzendem Weg gegangen. Mit dem neu angelegten Grünstreifen zwischen Hauszufahrt und Weg sei diese Verbreiterung innert der gesetzten Wiederherstellungsfrist beseitigt worden. Der rechtmässige Zustand sei damit wiederhergestellt. Weitergehende Massnahmen seien in der Wiederherstellungsverfügung nicht erkennbar gewesen. Insbesondere gehe aus der Wiederherstellungsverfügung nicht hervor, dass der neue Mergelbelag auf der gesamten Fläche ganz oder teilweise entfernt werden müsse. Mit der angefochtenen Verfügung würden ihr daher weitere Pflichten auferlegt. Der Beschwerdegegner macht demgegenüber geltend, es sei bereits rechtskräftig angeordnet, dass der neue Mergelbelag beseitigt werden müsse. Das "Erinnerungsschreiben" der Gemeinde ordne nichts Neues an und stelle daher keine anfechtbare Verfügung dar.

b) Die Gemeinde hat in der angefochtenen Verfügung keine konkreten Massnahmen angeordnet, sondern nur die Umsetzung der rechtskräftigen Wiederherstellungsverfügung verlangt. Insofern wurden der Beschwerdeführerin in der Verfügung keine zusätzlichen Pflichten auferlegt. Nach Ansicht der Gemeinde ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes noch nicht vollständig erfolgt; mithin geht sie von einem anderen anzustrebendem Zustand aus als die Beschwerdeführerin. Zeigt sich bei der Umsetzung der angeordneten Massnahmen, dass umstritten ist, was genau wiederhergestellt werden muss, sind solche Unstimmigkeiten in einem baupolizeilichen Verfahren zu klären.⁴ Die angefochtene Verfügung stellt damit ein zulässiges Anfechtungsobjekt dar.

c) Baupolizeiliche Verfügungen im Sinne von Art. 45 bis 48 BauG können gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁵ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht. Die

³ Vgl. dazu Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 2010, S. 108 ff., S. 135 f.; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 2 und 8, Art. 60 N. 5

⁴ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 47 N. 4, Art. 49 N. 4

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

Beschwerdeführerin ist Adressatin der Verfügung und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Klärung des Inhalts der Wiederherstellungsverfügung (vgl. Art. 65 VRPG).

2. Streitgegenstand

a) Die Wiederherstellungsverfügung vom 28. März 2018 wurde unangefochten rechtskräftig und ist vollstreckbar. Bei Verfügungen, welche die Durchsetzung oder Vollstreckung einer rechtskräftigen Wiederherstellungsverfügung bezwecken, sind die Rügegründe im Rechtsmittelverfahren eingeschränkt. Materielle Einwendungen gegen die rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung können nicht mehr vorgebracht werden. Abgesehen von Nichtigkeitsgründen kann geltend gemacht werden, die angefochtene Verfügung gehe über die Anordnung der Wiederherstellungsverfügung hinaus.⁶ Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet einzig die Frage, was Inhalt der Wiederherstellungsverfügung vom 28. März 2018 ist bzw. ob der rechtmässige Zustand mit dem angelegten Grünstreifen wiederhergestellt ist. Insoweit ist auf die Beschwerde einzutreten. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Gemeinde habe beim Weg den Sachverhalt falsch festgestellt, die Gemeinde sei zu Unrecht von einer bewilligungspflichtigen Belagsänderung ausgegangen und habe die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit nicht richtig geprüft, richtet sich ihre Beschwerde gegen die rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung. Darauf ist nicht einzutreten.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit dem Grünstreifen als Trennung zwischen Hauszufahrt und Weg lägen veränderte Verhältnisse vor, die noch nicht rechtskräftig beurteilt worden seien. Das Verfahren könne gestützt auf Art. 56 VRPG jederzeit wieder aufgenommen werden.

Die Wiedererwägung gemäss Art. 56 VRPG kommt bei ursprünglich fehlerhaften Verfügungen zur Anwendung und ist an strenge Voraussetzungen gebunden. Die verfügende Behörde kann eine Anpassung der Wiederherstellungsverfügung prüfen, wenn sich die Verhältnisse seit dem Erlass der Wiederherstellungsverfügung wesentlich geändert haben. Das Gesuch um Wiedererwägung oder Anpassung darf namentlich nicht

⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 116 N. 13 f. f.

dazu dienen, rechtskräftige Verfügungen immer wieder in Frage zu stellen.⁷ Zuständig für die Behandlung des Gesuchs ist die Behörde, welche die ursprüngliche Verfügung erlassen hat, d.h. vorliegend die Gemeinde (vgl. Art. 56 Abs. 1 VRPG)⁸. Mangels Zuständigkeit der BVE ist auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht einzutreten.

3. Inhalt der Wiederherstellungsverfügung vom 28. März 2018

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der Wiederherstellungsverfügung sei der Rückbau des neuen Mergelbelags nicht angeordnet worden. Der Gemeinde sei es einzig um die Verbreiterung der Hauszufahrt gegangen. Der Grünstreifen zur Trennung zwischen Hauszufahrt und Weg sei die einzige geforderte Wiederherstellungsmassnahme gewesen. Der Grünstreifen sei mit einer Breite von rund 40 cm bereits erstellt worden. Eine unklare Verfügung dürfe nicht zu ihren Lasten ausgelegt werden.

In einer Wiederherstellungsverfügung müssen die Pflichten bzw. der herzustellende Zustand hinreichend bestimmt werden. Zum Einen muss für die Pflichtigen hervorgehen, was von ihnen erwartet wird, andererseits muss die Anordnung vollstreckbar sein. Es empfiehlt sich daher, die verlangten Massnahmen genau zu bezeichnen. Unter Umständen kann aber auch ein Verweis auf Pläne oder andere Dokumente genügen.⁹

b) Die umstrittene Anordnung der Wiederherstellungsverfügung vom 28. März 2018 hat folgenden Inhalt:

«1. Die Hauszufahrt gilt es in die ursprüngliche befestigte Breite innert 90 Tagen zurückzubauen.

Die Verbreiterung der Hauszufahrt mit einem Mergelbelag ist in einen Viehtriebweg mit seitlicher Begrünung innert 90 Tagen zurückzubauen.

Die Baupolizeibehörde wird den Rückbau der Terrainaufschüttung notfalls mit Polizeigewalt durchsetzen.»

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 47 N. 4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 56 N. 3,4, 19 ff.; BVR 2017 S. 540 E. 4.2

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 56 N. 8

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 13; BGer 2A.711/2006 vom 07. Juni 2007 E. 3 mit weiteren Hinweisen

Die Wiederherstellungsverfügung enthielt folgende Beilagen:

«Beilagen:

- Fotos Google Maps vom November 2013
- Flugaufnahme Frühling 2016
- Fotodokumentation vom 28. März 2018 mit Fotos vom 20.01.2017 / 27.03.2017 / 09.01.2018 / 28.03.2018»

c) Für die Auslegung eines Dispositivs ist auch auf den weiteren Inhalt der Verfügung abzustellen. Die Wiederherstellungsverfügung trägt den Titel "Hauszufahrt und Viehtriebweg". Aus dem Sachverhalt der Wiederherstellungsverfügung geht hervor, dass die bestehende Hauszufahrt, die mit Verbundsteinen befestigt ist, durch einen Mergelbelag verbreitert wurde. In den in den Sachverhalt integrierten Erwägungen heisst es, dass das "andere Material" auf einer Breite von mehr als 3,5 m eingebaut wurde (Ziffer I e).

Im ersten Satz der Verfügung wird verlangt, dass die Breite der Hauszufahrt zurückzubauen ist, das heisst der Rückbau muss bis auf den mit Verbundsteinen befestigten Bereich erfolgen. Dies ist soweit unumstritten. Mit der Formulierung "Verbreiterung der Hauszufahrt mit einem Mergelbelag" im zweiten Satz ist der angrenzende Weg gemeint, denn dort erfolgte ja die Verbreiterung der befestigten Fläche durch das Einbringen des Mergelbelags. Dieser Weg muss in einen "Viehtriebweg mit seitlicher Begrünung" zurück gebaut werden. Im dritten Satz der Anordnung ist schliesslich festgehalten, dass der Rückbau der "Terrainaufschüttung" notfalls mit Polizeigewalt durchgesetzt wird. Aus dem Zusammenhang wird klar, dass damit der neu eingebrachte Mergelbelag gemeint ist. Die Begriffe "Rückbau" bzw. "zurückbauen" werden in jedem Satz der Anordnung verwendet. Rückbau bedeutet, dass eingebrachtes Material entfernt und der frühere Zustand wiederhergestellt werden muss. Angeordnet wurde demnach nicht eine blosser Trennung von Hauszufahrt und Weg, sondern vielmehr die Entfernung des neuen Mergelbelags. Ausserdem muss der Weg wieder als "Viehtriebweg" ausgestaltet werden. Das Wiederaanlegen eines seitlichen Grünstreifens entlang des Wegs stellt nur eine der verlangten Massnahmen dar.

d) Was unter Rückbau und der erforderlichen Wiederherstellung zu verstehen ist, illustriert die Fotobeilage der Wiederherstellungsverfügung anschaulich.¹⁰ In dieser ist der

¹⁰ Vorakten der Gemeinde, BP 2017-425 "Originalakten Beilagen", pag. 169 ff. resp. Beilagen zur Stellungnahme der Gemeinde pag. 32, 34, 36, 37 (mit Rückseiten)

Vorzustand vor Einbau des Mergelbelags dokumentiert. Auf den Fotos von Google Maps von November 2013 ist ersichtlich, dass der frühere Weg durch einen Grasstreifen und ein Geländer von der Hauszufahrt getrennt war. Der Weg war mit dunkler Erde bedeckt und wies deutliche Trittspuren auf; das Erdmaterial war demnach nicht verfestigt, der Untergrund eher weich. Auf der Fotodokumentation vom 20. Januar 2017 ist ersichtlich, wie die Erdschicht mit einem Kleinbagger vom Weg abgetragen wird. Der Grünstreifen und das Geländer bestehen bereits nicht mehr.¹¹ Auf der Fläche zwischen den Verbundsteinen der Hauszufahrt und der Parzellengrenze wurde schliesslich der neue Mergelbelag eingebracht und der Boden damit befestigt.¹² Dieser neue Mergelbelag ist gemäss der Wiederherstellungsverfügung zurückzubauen. Herzustellen ist wieder ein erdbedeckter Naturweg, der für den Durchtrieb des Viehs geeignet ist.

e) Im Übrigen ergibt sich auch aus den Vorakten, dass nicht die Entfernung des Grünstreifens zwischen Hauszufahrt und Weg, sondern der neue Mergelbelag als solcher Gegenstand des baupolizeilichen Verfahrens war. Das AGR beanstandete das Einbringen von anderem Material, sprich des Mergels, und die Befestigung des Bodens. Die Verbreiterung der Hauszufahrt war letztlich nur Resultat dieser Befestigung mit dem neuen Mergelbelag. Das AGR hielt fest, dass die verbreiterte und befestigte Fläche über eine Sanierung hinaus gehe und eine neurechtliche Anlage darstelle, die eine Ausnahme nach Art. 24d RPG¹³ erfordern würde.¹⁴ Schliesslich reichte auch der Beschwerdegegner wegen dem neuen Mergelbelag baupolizeiliche Anzeige ein und machte geltend, dass die scharfkantigen Steinchen eine Verletzungsgefahr für seine Kühe bedeuteten und der Belag für einen Viehtriebweg ungeeignet sei.¹⁵ Entscheidend war daher immer das Einbringen des neuen Mergels und die Befestigung der Fläche.

f) Zusammenfassend geht aus der Wiederherstellungsverfügung samt Beilagen mit ausreichender Klarheit und Bestimmtheit hervor, wie der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden muss: Der gesamte, neu eingebrachte Mergel muss entfernt werden. Der Weg muss als erdbedeckter Viehtriebweg wiederhergestellt werden. Zwischen der Hauszufahrt und dem Weg ist ein seitlicher Grünstreifen zu erstellen.

¹¹ Vorakten der Gemeinde, BP 2017-425 "Originalakten Beilagen", pag. 169-170, 177-178

¹² Vorakten der Gemeinde, BP 2017-425 "Originalakten Beilagen", pag. 179-180

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

¹⁴ Vgl. Vorakten BP 2017-425 "Beilagen Beschwerdeakten", pag. 101 ff.

¹⁵ Vgl. Vorakten BP 2017-425 "Beilagen Beschwerdeakten", pag. 121 f., 43, 51 ff.

g) Die Beschwerdeführerin hat bis anhin zwischen der Hauszufahrt und dem Weg nur einen schmalen Streifen mit Wiesenpflanzen begrünt. Der Mergelbelag auf dem Weg besteht nach wie vor.¹⁶ Dass der Weg inzwischen auch vom Parzellenrand her etwas überwachsen wird, ändert daran nichts. Die Gemeinde ist deshalb zu Recht zum Schluss gelangt, dass die Wiederherstellungsverfügung noch nicht vollständig umgesetzt wurde.

h) Für die Beurteilung des Inhalts der Wiederherstellungsverfügung war weder ein Augenschein noch eine Parteibefragung notwendig. Die entsprechenden Beweisanträge werden abgewiesen.

4. Kosten

a) Die Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten war. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁷).

b) Die Beschwerdeführerin hat zudem dem Beschwerdegegner die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote seines Rechtsvertreters gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdeführerin hat somit dem Beschwerdegegner die Parteikosten von Fr. 1'885.40 (inkl. Auslagen und MWSt) zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Die Verfügung der Gemeinde Neuenegg vom 27. August 2018 wird bestätigt.

¹⁶ Vgl. auch Fotos der Gemeinde, BP 2017-425 "Originalakten Beilagen", pag. 187-191

¹⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Die Beschwerdeführerin hat dem Beschwerdegegner die Parteikosten im Betrag von Fr. 1'885.40 (inkl. Auslagen und MWSt) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Neuenegg, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.