

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2019/38

Bern, 26. Juni 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2



und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Diemtigen, Gemeinderat, Diemtigtalstrasse 15,
Postfach 13, 3753 Oey

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Diemtigen vom 8. April 2019 (Wiederherstellung Fuss-/Karrweg bei Sennhütte)

I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Diemtigen stellte fest, dass die Beschwerdeführenden den Zufahrtsweg zu ihrer Sennhütte C. _____ 210 auf der Parzelle Diemtigen Grundbuchblatt Nr. D. _____ ausgebaut und mit Asphaltgranulat (sog. Fräsgut) bestückt haben. Diese Parzelle im Eigentum der Beschwerdeführenden befindet sich in der Landwirtschaftszone. Anlässlich einer Begehung im Oktober 2016 erstellte die Gemeinde eine Fotodokumentation.¹ Nachdem die Gemeinde den Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 28. Februar 2018 das rechtliche Gehör gewährte und von den

¹ Vorakten Register 1A/1B.

Beschwerdeführenden keine schriftliche Stellungnahme einging, verfügte sie mit Wiederherstellungsverfügung vom 8. April 2019 Folgendes:

- "1. Der Ausbau des Fuss-/Karrweges auf der Parzelle-Nr. D. _____ ist bis zum 30. September 2019 vollständig wiederherzustellen. Sämtliches Material ist zurückzubauen und einem bewilligten Entsorgungsbetrieb (www.abfall.ch) abzugeben.
2. Nach erfolgtem Rückbau ist der Bauverwaltung der Entsorgungsnachweis vorzulegen.
3. [Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs]
4. [Androhung Busse]
5. [Androhung Ersatzvornahme]
6. [Kosten]
7. [Rechtsmittelbelehrung]"

Die Beschwerdeführenden verzichteten auf die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 3. Mai 2019 Beschwerde beim Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental ein, welches die Beschwerde mit Schreiben vom 7. Mai 2019 an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) weiterleitete. In ihrer Beschwerde wehren sie sich sinngemäss gegen den verfügten Rückbau.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 22. Mai 2019 die Abweisung der Beschwerde. Auch das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) stellt mit Eingabe vom 3. Juni 2019 den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen. Ein Schreiben der Beschwerdeführenden ging am 19. Juni 2019 beim Rechtsamt ein.

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

² 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).

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert.

b) Parteieingaben müssen gemäss Art. 32 Abs. 2 VRPG⁴ bestimmten Mindestanforderungen an die Form genügen. Antrag, Begründung und Unterschrift gehören zu den eigentlichen Gültigkeits- und Prozessvoraussetzungen.⁵ Generell sind namentlich an Laieneingaben keine hohen Anforderungen zu stellen. Es ist ausreichend, wenn sich aus dem Zusammenhang sinngemäss ergibt, was beantragt wird.⁶ Was die Begründung betrifft, so genügt es, wenn aus der Beschwerdeschrift ersichtlich ist, in welchen Punkten und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet wird. Die Begründung braucht nicht zuzutreffen; sie muss aber sachbezogen sein. Es genügt nicht, bloss zu behaupten, der angefochtene Entscheid sei falsch. Die Rechtsmitteleingabe muss sich wenigstens in minimaler Form mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und es muss sinngemäss erkennbar sein, welche Rechtsnorm oder Grundsätze der Ermessungsausübung nach Auffassung der beschwerdeführenden Partei verletzt oder inwiefern Sachverhaltselemente unrichtig oder unvollständig festgestellt worden sind.⁷

Der Beschwerde lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführenden mit dem in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung angeordneten Rückbau des vorgenommenen Ausbaus des Weges nicht einverstanden sind. Sie beantragen damit sinngemäss die Aufhebung dieser Verfügung. Dem Antragserfordernis wird damit Genüge getan. Es ist jedoch fraglich, ob die Beschwerdeführenden die Anforderungen an die Begründung der

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

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 32 N. 10 und 12.

⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 13.

⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 32 N. 15.

Beschwerde erfüllen. So verweisen sie im Zusammenhang mit diesem Weg zur Sennhütte lediglich auf eine Begehung mit dem Regierungsstatthalteramt und der Gemeinde, an welcher entschieden worden sei, dass dieser Weg gebaut werden dürfe. Unklar ist sodann, ob die Beschwerdeführenden ihre Einwände auf der zweiten Seite der Beschwerde (eigentlich unter dem Titel "E. _____ 20", betreffend das parallele Rechtsmittelverfahren RA Nr. 120/2019/37) auch auf den vorliegend umstrittenen Weg zur Sennhütte verstanden haben wollen. Im Zweifel ist vorliegend davon auszugehen. Darin führen die Beschwerdeführenden hinsichtlich der Anbringung von Asphaltgranulat lediglich aus, dass dies nicht verboten und die Schicht nicht 7 cm, sondern lediglich 1-3 cm dick sei. Sie beanstanden sodann, dass in der Industriezone solches Fräsgut verwendet werde, ohne dass jemand reklamieren würde. Sie begründen damit jedoch nicht näher, wieso die Verwendung von Asphaltgranulat bei ihrem Weg in der Landwirtschaftszone zulässig sein sollte. Ob die Anforderungen an die Begründungspflicht erfüllt sind, kann jedoch offen bleiben, da auf die Vorbringen der Beschwerdeführenden entweder aus anderen Gründen nicht einzutreten ist (E. 2) oder ihre Einwände abzuweisen sind (E. 3). Bei dieser Ausgangslage tritt die BVE auf die fristgerecht eingereichte Beschwerde grundsätzlich ein, auch wenn zweifelhaft ist, ob die Beschwerde die Anforderungen an die Begründungspflicht erfüllt.

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.⁸

b) Mit der angefochtenen Verfügung verlangt die Gemeinde die Wiederherstellung des unbewilligt vorgenommenen Ausbaus des Fuss- und Karrweges durch Rückbau sämtlicher Materialien. Soweit sich die Beschwerdeführenden auf den über ihre Parzelle Diemtigen

⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 6 bis 8.

Grundbuchblatt Nr. F._____ führenden G._____weg – ein Rundwanderweg des Naturparks H._____ – beziehen und mit dessen Schliessung drohen, gehen sie über den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens hinaus.

3. Materielles

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, sie hätten den Weg vor 6 Jahren ein wenig verbessert und mit Fräsgut versetzt. Die Schicht betrage maximal 3 cm. Das Anbringen von Fräsgut sei nicht verboten. Dieses Jahr hätten sie den Weg ein bisschen planiert. In der neuen Industriezone sei alles mit Fräsgut gemacht worden und da werde nicht reklamiert.

b) Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG). Keiner Baubewilligung bedürfen insbesondere der Unterhalt von Bauten und Anlagen, für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben (Art. 1b Abs. 1 BauG). Keiner Baubewilligung bedürfen das Unterhalten oder Ändern von Bauten und Anlagen, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD⁹). Liegt ein Bauvorhaben nach Artikel 6 oder 6a ausserhalb der Bauzone und ist es geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem es zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändert, die Erschliessung belastet oder die Umwelt beeinträchtigt, ist es baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 1 BewD).

Es ist unbestritten und auf den Fotos in den Vorakten erkennbar, dass der betreffende Fuss-/Karrweg mit Asphaltgranulat versetzt wurde, was teilweise auch zu einer leichten Verbreiterung des Weges führte. Dieser Wechsel der Materialisierung mit teilweiser Verbreiterung geht deutlich über den blossen Unterhalt eines Weges hinaus und kann daher nicht mehr als baubewilligungsfrei im Sinne von Art. 1b Abs. 1 BauG bzw. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD bezeichnet werden. Dazu kommt, dass das Einbringen des Recyclingbaustoffs Asphaltgranulat umweltrechtlich relevant sein könnte und das

⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

Vorhaben ausserhalb der Bauzone den Raum äusserlich klar verändert (Art. 7 Abs. 1 BewD). Der vorgenommene Ausbau und Materialwechsel ist baubewilligungspflichtig. Die Beschwerdeführenden bringen in ihrer Beschwerde nichts vor, was Zweifel an der Baubewilligungspflicht zu wecken vermögen würde. Dass dafür bisher keine Baubewilligung vorliegt, ist unbestritten.

c) 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 Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁰ In Fällen, in denen der Adressat der Wiederherstellungsverfügung darauf verzichtet hat, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, hat die Behörde im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung der Wiederherstellung grundsätzlich die Pflicht, wenigstens summarisch zu untersuchen, ob die betreffende Baute oder Anlage materiell rechtswidrig ist. Eine bloss formelle Rechtswidrigkeit genügt nicht, um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen.¹¹

d) Wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Bewilligungspflicht erkundigen.¹² Die Beschwerdeführenden berufen sich auf eine Besprechung vor Ort mit Vertretern des Regierungsstatthalteramts, der Gemeinde und der Weggenossenschaft vom 12. Juni 2012, an welcher ihnen zugesichert worden sei, dass der Weg gebaut werden dürfe. Aus der Aktennotiz dieser Begehung¹³ und der Stellungnahme der Gemeinde vom 22. Mai 2019 ergibt sich zwar, dass den Beschwerdeführenden zugestanden wurde, den Weg erstellen zu dürfen. Vom

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

¹¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a.

¹² Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b.

¹³ Vorakten Register 12.

Einbau eines Asphaltgranulats war jedoch keine Rede, so dass die Beschwerdeführenden bei Anwendung der zumutbaren Aufmerksamkeit und Sorgfalt nicht davon hätten ausgehen dürfen, sie seien zu diesem Ausbau berechtigt. Es ist sodann weder erkennbar noch wird es geltend gemacht, dass die Behörden zu irgendeinem Zeitpunkt den Anschein vermittelt hätten, der Ausbau des Weges und das Einbringen des Asphaltgranulats könne ohne Baubewilligung vorgenommen werden. Mit der vorliegenden Wiederherstellungsverfügung werden die Beschwerdeführenden lediglich verpflichtet, den vorgenommenen Ausbau und damit das Einbringen von Asphaltgranulat rückgängig zu machen. Der anlässlich der Begehung vom 12. Juni 2012 seitens der Behörden akzeptierte Weg selber wird nicht in Frage gestellt. Bezüglich des hier strittigen Einbaus von Asphaltgranulat können die Beschwerdeführenden nicht als gutgläubig gelten.

Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch eine Bauherrschaft berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.¹⁴

e) An der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. Dieses besteht zum einen 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.¹⁵ Andererseits sprechen auch präjudizielle Gründe für eine vollständige Wiederherstellung. Der Bauherr, der sich nicht an die Baubewilligung hält oder ohne Baubewilligung baut, soll nicht besser gestellt werden als ein Bauherr, der die Baubewilligung einhält. Schliesslich kann nicht ausgeschlossen werden, dass Asphaltgranulat giftige Komponenten enthält und sich damit umweltschädigend auswirken könnte.

f) Der geforderte Rückbau durch Entfernen des eingebrachten Materials ist erforderlich und geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Mildere Massnahmen,

¹⁴ BVR 2006 S. 444 E. 6.1.

¹⁵ BGE 1C_397/2007 vom 27. Mai 2008 E. 3.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a.

mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind hier nicht ersichtlich. Die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen sind für die Beschwerdeführenden somit sowohl in sachlicher wie auch in finanzieller Hinsicht zumutbar. Eine summarische Prüfung ergibt schliesslich, dass der durch den Einbau von Asphaltgranulat vorgenommene Ausbau eines Weges in der Landwirtschaftszone im massgebenden Zeitpunkt der unbewilligten Ausführung nicht hätte bewilligt werden können. So ist weder erkennbar noch geltend gemacht, dass dieser Ausbau für eine landwirtschaftliche Bewirtschaftung zwingend notwendig und damit zonenkonform ist oder die restriktiven Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG¹⁶ erfüllt. Die Verwendung von Asphaltgranulat in loser Form ohne Deckschicht ist sodann nach den aktuell geltenden Merkblättern der Fachbehörden¹⁷ ausdrücklich verboten. Ob die ausnahmsweise noch tolerierte maximale Schichtstärke von 7 cm gemäss dem im Zeitpunkt der unbewilligten Ausführung wohl noch geltenden Merkblatt des AWA¹⁸ überschritten wird oder nicht, kann mangels grundsätzlicher Bewilligungsfähigkeit dieses Vorhabens ausserhalb der Bauzone offen bleiben. Insgesamt ist damit die Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahmen zu bejahen.

g) Selbst wenn – den Ausführungen der Beschwerdeführenden folgend – in einer nicht näher benannten Industriezone der Gemeinde Asphaltgranulat verwendet werden sollte, ändert dies nichts am Ergebnis. Es handelt es sich nicht um dieselbe Zone, weshalb nicht dieselbe Ausgangslage besteht. Falls in einer Industriezone der Gemeinde ebenfalls Asphaltgranulat für den Strassenbau in nicht fachgerechter Form verwenden werden sollte – was nicht näher belegt ist aber auch offen bleiben kann –, so lässt sich daraus kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht für den vorliegenden Fall ableiten. So gibt der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht nur ausnahmsweise ein Anspruch, wenn die Behörde nicht nur in einem oder einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform handeln werde. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Auch wenn

¹⁶ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

¹⁷ BSIG Nr. 7/732.11/16.1 vom 20. Juli 2018, "Unterhalt von Feld-, Wald-, Fuss- und Wanderwegen; Verwendung von Belägen und Recyclingbaustoffen" sowie Merkblatt AWA "Gewässerschutzvorschriften für die Herstellung, Lagerung und Verwendung von Recyclingbaustoffen aus mineralischen Bauabfällen", Version Mai 2018.

¹⁸ Merkblatt AWA "Gewässerschutzvorschriften für die Herstellung, Lagerung und Verwendung von Recyclingbaustoffen", Version August 2011.

dies der Fall wäre, können öffentliche Interessen an einer gesetzmässigen Rechtsanwendung der Gleichbehandlung im Unrecht entgegenstehen.¹⁹ Diese öffentlichen Interessen sind vorliegend gross (vgl. E. 3e) und stünden damit einer Gleichbehandlung im Unrecht entgegen.

h) Zusammenfassend ist die Wiederherstellungsanordnung rechens und die Beschwerde ist abzuweisen. Die von der Gemeinde angesetzte Frist für den Rückbau (30. September 2019) kann unverändert belassen werden, da den Beschwerdeführenden mit dieser Frist auch nach Abschluss dieses Beschwerdeverfahrens genügend Zeit verbleibt, um die verlangten Massnahmen vorzunehmen.

4. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 600.00 (Art. 103 Abs. 1 und 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²⁰). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Diemtigen vom 8. April 2019 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.00 werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁹ Vgl. zum Ganzen: BGer 1C_400/2014 vom 4.12.2014, E. 2.3.

²⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

IV. Eröffnung

- Frau B._____ und Herrn A._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Diemtigen, Gemeinderat, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

Regierungsrat

