



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2020/4

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 26. Mai 2020

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde
abgewiesen (VGE 2020/243 vom 12.10.2021).

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin

und

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

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde E. _____

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde E. _____ vom 11. Dezember
2019 (Parkfläche)

I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde H. _____ stellte 2008 fest, dass die Beschwerdeführerin gegenüber ihrem Recyclingbetrieb auf Parzelle E. _____ (BE) 2 (H. _____) Grundbuchblatt Nr. F. _____ eine Parkfläche mit Rasengittersteinen für 10 Personenwagen ohne Baubewilligung bzw. vor Eingabe des entsprechenden Baugesuchs angelegt hatte. Die Parzelle steht im Eigentum der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten und liegt in der Landwirtschaftszone (LWZ) und im kommunalen Landschaftsschutzgebiet III. Die fragliche Fläche wird von der Beschwerdeführerin gepachtet. Das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) wies mit Stellungnahme vom 4. Juni 2008 darauf hin, dass für das Vorhaben keine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG¹ erteilt werden könne. Den Verfahrensbeteiligten wurde dazu das rechtliche Gehör gewährt. Nachdem Abklärungen bzw. Versuche zur Einzonung des als Parkfläche genutzten Teils der Parzelle scheiterten, ordnete die Gemeinde H. _____ am 18. Juni 2009 die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme an (Entfernung der

¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

Rasengittersteine und Humusierung bzw. Ansäen der Fläche).² Nach Ablauf der Frist hielt die Gemeinde fest, dass die Rasengittersteine zwar entfernt, die Humusierung und das Ansäen aber noch nicht erfolgt sei. Im Dezember 2009 wurde nach Ablauf der dafür gesetzten Fristen zur Kenntnis genommen, dass die Humusierung ausgeführt worden war.³ Im Dezember 2018 konstatierte die nach Fusion der Gemeinden H._____, Mühledorf und Noflen entstandene Gemeinde E._____ (BE)⁴, dass die Fläche wiederum als Parkfläche genutzt wurde. Die Gemeinde führte am 28. Januar 2019 mit A._____ als (vermeintlichem) Grundeigentümer, der Beschwerdeführerin und dem AGR eine Besichtigung durch; dabei wurden die rechtlichen Grundlagen sowie das weitere Vorgehen definiert.⁵

2. In der Folge erliess die Gemeinde am 19. September 2019 eine Wiederherstellungsverfügung, die dem vermeintlichen Grundeigentümer, Herrn A._____ (Ehemann der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten) eröffnet und der Beschwerdeführerin in Kopie zugestellt wurde. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 18. Oktober 2019 bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE; seit 1. Januar 2020 der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern [BVD]) Beschwerde ein. Das Rechtsamt der BVE wies im Verfahren Nr. 120/2019/80 mit Verfügung vom 22. Oktober 2019 darauf hin, dass die fragliche Parzelle Nr. 249 im Eigentum der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten stehe, weshalb die Verfügung ihr als sog. Zustandsstörerin hätte eröffnet werden müssen. Zudem habe die Beschwerdeführerin als sog. Verhaltensstörerin die Verfügung nur in Kopie erhalten. Die Gemeinde E._____ erhielt die Möglichkeit, die (erste) Wiederherstellungsverfügung vom 19. September 2019 zurückzunehmen. Mit neuer Wiederherstellungsverfügung vom 11. Dezember 2019 nahm die Gemeinde E._____ (BE) die erste Verfügung zurück, was sie dem Rechtsamt mit Schreiben vom 30. Dezember 2019 eröffnete. Folglich wurde das Verfahren BVE 120/2019/80 mit Entscheid vom 6. Januar 2020 vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

Mit Wiederherstellungsverfügung vom 11. Dezember 2019 forderte die Gemeinde E._____ (BE) die Beschwerdeführerin (als Verhaltensstörerin) auf, die Parkfläche bis am 31. Mai 2020 rückgängig zu machen. Das Kies müsse fachgerecht entsorgt und die Anhumusierung erfolgt sein und die Nutzung wieder der Landwirtschaft zugeführt werden (Ziff. 2). Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an (Ziff. 3 und 4).

3. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 10. Januar 2020 Beschwerde bei der BVD ein. Sie weist darauf hin, dass die ursprüngliche Verfügung vom 18. Juni 2009 an die falsche Person adressiert worden und deshalb nie in Rechtskraft erwachsen sei. Für den Erlass der neuen Verfügung vom 11. Dezember 2019 sei ihr das rechtliche Gehör nicht oder nur ungenügend gewährt worden. Zudem könne die Wiederherstellung nicht mit der Ersatzvornahme kombiniert werden. Sollte im Grundsatz an der Wiederherstellung festgehalten werden, sei die Gemeinde anzuweisen, den Bauabschlag zu verfügen, wobei auf die Wiederherstellung zu verzichten sei, solange ihr Betrieb am vorliegenden Standort bestehe.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁶, beteiligte die Grundeigentümerin der Parzelle E._____ (BE) 2 (H._____) Grundbuchblatt

² Vgl. Vorakten der Gemeinde K._____ (BE), schwarzer Ordner, Reiter 9, Schreiben RSA Seftigen an den Gemeinderat Gelterfingen vom 9. Dezember 2008, pag. 60 sowie verschiedene Schreiben der Gemeinde Gelterfingen an A._____, Vorakten, pag. 50/51

³ Vgl. Schreiben der Gemeinde Gelterfingen vom 29. Oktober 2009, Vorakten, pag. 51

⁴ Vgl. BAG 17-064

⁵ Vgl. angefochtene Verfügung vom 11. Dezember 2019 bzw. Aktennotiz zur Begehung vom 28. Januar 2019, Vorakten Reiter 1, pag. 3 ff. sowie Protokollauszug vom 13. Februar 2020, Vorakten, Reiter 10, pag. 66

⁶ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

Nr. F. _____ am Verfahren und holte eine Stellungnahme des AGR ein. Soweit die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte die Vertretung durch die Beschwerdeführerin beabsichtigte, ist diese Prozessvertretung vor Verwaltungsjustizbehörden nicht möglich (vgl. Art. 15 Abs. 4 VRPG), was der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten so eröffnet wurde.⁷ Sie verzichtete in der Folge auf die Einreichung einer Stellungnahme.

5. Das AGR beantragt in seiner Stellungnahme vom 17. Februar 2020 die Abweisung der Beschwerde. Auch die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 19. Februar 2020 die Abweisung der Beschwerde und "das Festhalten an der Wiederherstellungsverfügung". Mit Eingabe vom 13. März 2020 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein. Darin verweist sie zum einen auf die Information des Amtes für Wasser und Abfall (AWA) betreffend Empfehlungen zur Kehrrichtentsorgung während der Corona-Pandemie. Daraus sei das grosse öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung ihres Betriebs ersichtlich. Zum andern vertritt sie die Auffassung, dass eine andere Lösung für die Parkplätze nicht möglich sei und verweist auf die Ausführungen in ihrer Beschwerde. Sie bekräftigt zudem, dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses auf eine Wiederherstellung zu verzichten sei, solange ihr Betrieb bestehe. Mit Eingabe vom 2. April 2020 beantragt die Beschwerdeführerin die Anhörung bzw. das Einholen einer Stellungnahme des AWA. Weder die Gemeinde noch die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte liessen sich dazu vernehmen.

6. Auf die Rechtsschriften, die Vorakten sowie auf die Stellungnahme des AGR wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG⁸ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführerin als sog. Verhaltensstörerin ist als Adressatin durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

b) 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 gelten somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁹

c) Anfechtungsobjekt ist vorliegend die Wiederherstellungsverfügung vom 11. Dezember 2019. Nicht Gegenstand des Verfahrens ist dagegen die Wiederherstellungsverfügung vom 18. Juni 2009. Auf diesbezügliche Vorbringen kann daher nicht eingetreten werden.

⁷ Vgl. Verfügung der BVD vom 14. Januar 2020

⁸ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8. Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 2011, S. 148 ff.

Soweit die Beschwerdeführerin Ausführungen zur Einzonung der fraglichen Fläche in eine Bauzone, zum Anschluss an die Trinkwasserversorgung¹⁰ und zur Pflicht der Gemeinde zur Schaffung von genügend Parkplätzen für eine geordnete Nutzung des Naherholungsgebiets anbringt¹¹, liegen diese ausserhalb des Streitgegenstands, weshalb darauf ebenfalls nicht einzutreten ist.

d) Behördenmitglieder treten nach Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG¹² in den Ausstand, wenn sie in der Sache befangen sein könnten. Dabei genügt es, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein einer Befangenheit begründen können.¹³ Der Direktor der BVD ist im vorliegenden Verfahren in den Ausstand getreten. Gemäss Regierungsratsbeschluss RRB Nr. 662/2018 vom 6. Juni 2018 ist Herr Regierungsrat Philippe Müller sein Stellvertreter.

2. Verletzung des rechtlichen Gehörs

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihr bei Erlass der ursprünglichen Verfügung das rechtliche Gehör nur ungenügend gewährt worden sei, weshalb auch die neue Verfügung vom 11. Dezember 2019 nicht korrekt und "zurückzuweisen sei". Das rechtliche Gehör müsse "insbesondere nach mehr als 10 Jahren – grundsätzlich vor jeder Verfügung gewährt werden". Im Übrigen habe am 28. Januar 2019 zwar eine Begehung vor Ort stattgefunden, aber es sei darüber keine Aktennotiz erstellt bzw. diese den Beteiligten nicht eröffnet worden.¹⁴ Zudem sieht die Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör dadurch verletzt, dass die Gemeinde sich nicht damit auseinandergesetzt habe, dass keine Alternativen zu den Parkplätzen bestünden.¹⁵

b) Die Gemeinde weist in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2020 darauf hin, dass am 28. Januar 2019 eine Besichtigung vor Ort mit dem Vertreter der Beschwerdeführerin (Herrn B. _____), Herrn A. _____ und dem zuständigen Bauinspektor des AGR stattgefunden habe. Sowohl Herr B. _____ als auch Herr A. _____ hätten sich zum Ablauf äussern können. Auch das AGR weist in seiner Stellungnahme vom 17. Februar 2020 darauf hin, dass anlässlich der Besprechung im Januar 2019 die Gemeindebehörden und das AGR im Büro der Beschwerdeführerin "ausführlich und detailliert" über die rechtliche Situation orientiert hätten. Die ins Feld geführte Verweigerung des rechtlichen Gehörs sei "nicht nachvollziehbar und unbegründet".

c) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG 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. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt zudem, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt.¹⁶

¹⁰ Beschwerdeschrift, Rz. 12 ff.

¹¹ Beschwerdeschrift, Rz. 16 ff.

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

¹³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 9 N. 15

¹⁴ Vgl. Beschwerdeschrift vom 10. Januar 2020, Antrag bzw. Rz. 9

¹⁵ Vgl. Beschwerdeschrift, Ziff. 15

¹⁶ Vgl. BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2

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.¹⁷ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁸

d) Wie in Erwägung 1c dargestellt, ist die Wiederherstellungsverfügung vom 18. Juni 2009 nicht Verfahrensgegenstand. Auf Rügen betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfahren auf Erlass dieser Verfügung wird daher nicht eingetreten.

e) Für den Erlass der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung vom 11. Dezember 2019 fand gemäss den Vorakten im Januar 2019 mit der Beschwerdeführerin als Verhaltensstörerin, Herrn A. _____ und dem zuständigen Bauinspektor des AGR eine Besprechung vor Ort statt.¹⁹ Damit hat die Gemeinde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt. Laut den Vorakten hat die Gemeinde dazu eine Aktennotiz erstellt, welche soweit ersichtlich den Verfahrensbeteiligten nicht zugestellt worden ist.²⁰ Zumal keine Dringlichkeit bestand, hätte die Gemeinde die Aktennotiz den Verfahrensbeteiligten zustellen müssen. Die Beschwerdeführerin konnte sich vor Erlass der angefochtenen Verfügung nicht zur fraglichen Notiz äussern. Mit diesem Vorgehen verletzte die Gemeinde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin.

f) Die Beschwerdeführerin hat am Augenschein vorgebracht, dass der Platz auf ihrem Grund nicht ausreiche und sie daher auf die Parkplätze angewiesen sei. In der Wiederherstellungsverfügung geht die Gemeinde nicht auf dieses Argument ein, sinngemäss mit der Begründung, die Wiederherstellungsverfügung sei eine Dauerverfügung und die Wiederherstellung sei bereits im Jahr 2009 verfügt worden. Die Wiederherstellungsverfügung vom 11. Dezember 2019 ordnet aber (erneut) die Wiederherstellung an. Damit hätte die Wiederherstellung auch begründet werden und es hätte entsprechend auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin eingegangen werden müssen. Die Gemeinde hat auch insofern das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

g) Aufgrund der umfangreichen Vorgeschichte und der Besprechung am Augenschein waren der Beschwerdeführerin die Überlegungen bekannt, von denen sich die Gemeinde hat leiten lassen. Sie war denn auch in der Lage, die Wiederherstellungsverfügung sachgerecht anzufechten. Zudem kommt der BVD volle Überprüfungsbefugnis zu und die Beschwerdeführerin konnte sich im Beschwerdeverfahren zur angeordneten Wiederherstellung genügend äussern. Es besteht somit kein Anlass, die angefochtene Verfügung aufgrund der Gehörsverletzung aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Gehörsverletzung ist jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen (vgl. E. 6).

3. Nachträgliches Baugesuch

a) Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte ihr die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs gewährt werden müssen.²¹

¹⁷ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 21 N. 16

¹⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 9

¹⁹ Vgl. Aktennotiz, Vorakten der Gemeinde, pag. 3 ff.

²⁰ Vgl. Aktennotiz, Vorakten der Gemeinde, pag. 3 ff.

²¹ Vgl. Beschwerdeschrift, Ziff. 7

b) Im Wiederherstellungsverfahren hat die Baupolizeibehörde der Grundeigentümerin bzw. dem Grundeigentümer grundsätzlich die Möglichkeit einzuräumen, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Denn es wäre unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der förmlichen Baubewilligung beseitigen zu lassen. Wenn das Bauvorhaben aber offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist, braucht die Baupolizeibehörde nicht Gelegenheit zum Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs zu geben.²²

c) Die Bauparzelle liegt in der Landwirtschaftszone und im kommunalen Landschaftsschutzgebiet "Gürbeebene (III)". Gemäss den Vorgaben des Bundesrechts dürfen in der Landwirtschaftszone nur zonenkonforme Bauten und Anlagen bewilligt werden und solche, die einen Ausnahmetatbestand nach Art. 24 ff. RPG erfüllen. Das Schutzziel für das Landschaftsschutzgebiet Gürbeebene (III) ist gemäss Art. 39 GBR²³ "Erhalten der Gürbeebene als offener, unüberbauter und bodenabhängig genutzter Landschafts- und Landwirtschaftsraum". Gemäss den Schutzbestimmungen sind nur "standortgebundene Bauten und Anlagen sowie Bauten der Landwirtschaft, die standortgebunden der Bewirtschaftung des Gebiets dienen" zugelassen.

Das AGR hatte 2008 die Auffassung vertreten, dass für das Erstellen eines Autoabstellplatzes in der Landwirtschaftszone keine Bewilligung in Aussicht gestellt werden könne.²⁴ Wie aus der Stellungnahme des AGR vom 17. Februar 2020 ersichtlich, hat sich an dieser Einschätzung weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht etwas geändert: Nach Auffassung des AGR sind "keine objektiven Besonderheiten erkennbar, die eine zwingende Standortgebundenheit der Parkplätze auf der Parzelle Nr. 249 begründen würden". Die von der Beschwerdeführerin angeführten Gründe genügten nicht als Nachweis. "Wirtschaftliche Interessen oder der Wunsch nach einer optimalen Nutzung oder einer besseren Lösung (hier u.a. der Parkier- und Umschlagplatz für die Abfall- und Entsorgungssammelstelle) genügen nach einschlägiger Rechtsprechung nicht für die Begründung einer Standortgebundenheit". Solche "könnten in jedem Fall angeführt werden".²⁵ Eine öffentliche Abfall- und Entsorgungssammelstelle könne auch andernorts innerhalb der Bauzone(n) eingerichtet werden. Im Ergebnis könnten die Parkplätze innerhalb des Landschaftsschutzgebiets nicht anerkannt werden. Weitere Abklärungen zu den übrigen Ausnahmetatbeständen nach Art 24 ff. RPG "erübrigten sich unter diesem gleichen Aspekt". Unbestritten sei schliesslich, dass "das Vorhaben auch nicht für landwirtschaftliche Zwecke und (bodenabhängige Produktion) notwendig und geeignet" sei. Eine "Bestätigung der Zonenkonformität nach Artikel 16a RPG" könne aus diesem Grund "nicht in Aussicht gestellt werden".²⁶

d) Die Parkplätze sind in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform nach Art. 16a RPG und erfüllen keinen Ausnahmetatbestand nach Art. 24 ff. RPG. Diese Einschätzung wurde von der zuständigen kantonalen Stelle (Art. 84 BauG), dem AGR im vorinstanzlichen Verfahren so vertreten. Zudem widersprechen die Parkplätze dem Schutzziel des Landschaftsschutzgebiets Gürbeebene (III) und sind gemäss den Schutzbestimmungen von Art. 39 GBR unzulässig. Die Parkplätze sind daher offensichtlich nicht bewilligungsfähig. Der Beschwerdeführerin musste daher nicht Gelegenheit zum Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs gegeben werden.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

²² BVR 2007 S. 164, E. 4.1

²³ Vgl. Baureglement der Gemeinde Gelterfingen vom 30. November 2017, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 19. April 2018

²⁴ Vgl. Stellungnahme des AGR vom 4. Juni 2008, Vorakten, Reiter 9, pag. 63

²⁵ Vgl. Stellungnahme des AGR vom 17. Februar 2020, S. 2/3

²⁶ Stellungnahme des AGR vom 17. Februar 2020, S. 3/3

- a) Die Beschwerdeführerin hat die Parkplätze ohne die erforderliche Baubewilligung bzw. Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG erstellt bzw. deren Nutzung nach erfolgter Wiederherstellung wieder aufgenommen. Die Parkplätze sind demnach formell rechtswidrig. Da die Parkplätze auch nicht nachträglich bewilligt werden können (vgl. Erwägung 3) sind sie auch materiell rechtswidrig.
- 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 Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.²⁷ Die Wiederherstellung kann unterbleiben, wenn die Bauherrschaft in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen entgegenstehen.²⁸
- c) Die Wiederherstellung ist eine Dauerverfügung. Wird der Zustand wie vorliegend nach erfolgter Wiederherstellung rückgängig gemacht (durch bauliche Massnahmen, Ersatz entfernter Gegenstände, erneute widerrechtliche Nutzung), bedarf es – bei unveränderter Sach- und Rechtslage – keiner neuen Wiederherstellungsverfügung mehr.²⁹ Die Gemeinde hat dennoch erneut eine Wiederherstellungsverfügung erlassen. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden.
- d) Nach Auffassung der Beschwerdeführerin liegt die geforderte Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse, da die Parkplätze ausserhalb der Öffnungszeiten sehr oft durch Spaziergängerinnen und Spaziergänger benutzt würden, welche ihre Fahrzeuge abstellten um der Gürbe entlang zu spazieren. Durch den Wegfall der Parkplätze würde das "wilde und ungeordnete" Parkieren in den umliegenden Flurwegen noch mehr zunehmen.³⁰

Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands 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. Besonderes Gewicht kommt dem öffentlichen Interesse am konsequenten Vollzug des Bau-, Planungs- und Umweltrechts ausserhalb des Baugebiets zu.³¹ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet in Frage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt, wenn illegal errichtete, dem RPG widersprechende Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet werden.³² An der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei illegalen Bauten in der Landwirtschaftszone besteht daher ein grosses öffentliches Interesse.

Die umstrittenen Parkplätze befinden sich ausserhalb des Baugebiets. Die Wiederherstellung dient daher dem dargestellten grossen öffentlichen Interesse an der Trennung von Bau- und

²⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Auflage, Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

²⁸ VGE 2018/122 vom 2. April 2019, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen

²⁹ VGE 218/243 vom 27. Januar 2020 E. 4.3. Vgl. auch Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 8 in fine mit Verweis auf Bger 1C_673/2013 E. 5.1 und 5.2

³⁰ Vgl. Beschwerdeschrift, Ziff. 16

³¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a; BGE 136 II 359 E. 6; vgl. auch BGer 1C_397/2007 vom 27. Mai 2008 E. 3.4; BVR 1992 S. 488 E. 3

³² BGE 136 II 359, E. 6; BGE 1C_283/2017 vom 23. August 2017, E. 4; BGE 1C_135/2016 vom 1. September 2016, E. 3.3

Nichtbaugebiet. Zudem befinden sich die Parkplätze im Landschaftsschutzgebiet Gürbeebene (III). Die Wiederherstellung dient auch der Erreichung des Schutzziels dieses Landschaftsschutzgebiets und ist daher im Interesse des Landschaftsschutzes.

Dass die Parkplätze gemäss der Darstellung der Beschwerdeführerin auch von Spaziergängerinnen und Spaziergängern benutzt werden, ändert daran nichts: Die Parkplätze liegen auf der von der Beschwerdeführerin gepachteten Parzelle. Sie dienen unbestrittenermassen ihrem Betrieb. Eine Dienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit besteht nicht. Die allfällige Nutzung durch Spaziergänger könnte daher von der Beschwerdeführerin bzw. der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten verboten werden. Sollte aufgrund des Naherholungsgebiets effektiv – wie dies die Beschwerdeführerin darstellt –, ein Parkplatzproblem bestehen, so wäre es an der Gemeinde, dieses anzugehen.

e) Die Beschwerdeführerin beruft sich weiter auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Sie bringt vor, alle baulichen Massnahmen seien immer mit der Gemeinde abgesprochen und in deren Kenntnis und Zustimmung ausgeführt worden. Auch die Erstellung der Parkplätze sei mit dem damaligen Gemeindepräsidenten abgesprochen gewesen. Die Parkplätze seien gutgläubig erstellt worden.³³

Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt; z.B. aufgrund einer mangelhaften Bewilligung oder Auskunft. Dabei dürfen sich Private u.a. nur dann auf eine Auskunft verlassen, wenn die Amtsstelle zur Auskunftserteilung zuständig ist.³⁴ Allgemein wird zudem vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen und nutzen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern.³⁵ Die Bauherrschaft, welche die nach den Umständen zumutbare Aufmerksamkeit und Sorgfalt vermissen lässt, verdient gemäss Rechtsprechung keinen Schutz und kann sich gegenüber einer Wiederherstellungsverfügung nicht auf ihren guten Glauben berufen.³⁶

Der Beschwerdeführerin war gemäss den Vorakten bekannt, dass für Vorhaben ausserhalb des Baugebiets eine Baubewilligung bzw. eine Ausnahmbewilligung des AGR erforderlich ist.³⁷ Dass eine mögliche Zusicherung des ehemaligen Gemeindepräsidenten vorlag, vermag mangels Zuständigkeit der Gemeinde für die Erteilung der Ausnahmbewilligung keine Vertrauensgrundlage zu begründen. Zudem war der Beschwerdeführerin die Einschätzung des AGR seit 2008 bekannt. Die Beschwerdeführerin erstellte die umstrittenen Parkplätze ohne Vertrauensgrundlage und ohne Bewilligung. In der Folge unterzog sie sich zwar der Wiederherstellungsverfügung vom 18. Juni 2009, nahm die Nutzung der Parkplätze aber später wieder auf.³⁸ Damit handelte sie im baurechtlichen Sinne bösgläubig.

Auch eine Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen. 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 (Wieder-)Herstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes

³³ Vgl. Beschwerdeschrift, Ziff. 14

³⁴ Vgl. zum Ganzen Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 22 N. 15 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 676 ff.

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 9b, mit Hinweisen; vgl. auch VGE 2016/219 vom 21. März 2017 E. 5.1

³⁶ VGE 2008/23496 vom 28. April 2009 E. 4.2.2

³⁷ Vgl. Schreiben der Gemeinde Gelterfingen an das RSA Seftigen vom 19. April 2009 mit dem Hinweis auf den Informationsstand der Beschwerdeführerin, Vorakten, pag. 59. Vgl. auch Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10. Januar 2020 an die Gemeinde E. _____, Beilage zur Beschwerdeschrift

³⁸ Vgl. Sachverhalt, Ziffer 1

Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.³⁹

Die angeordnete fachgerechte Entsorgung des Kiesel und die geforderte Anhumusierung zur Wiederherstellung der Nutzung zur Landwirtschaft sind zur Erreichung des verfolgten Zwecks, nämlich die Wiederherstellung der landwirtschaftlichen Fläche, geeignet. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind hier nicht ersichtlich. Die Anordnung ist daher auch erforderlich.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Gemeinde habe in der angefochtenen Verfügung keine Abwägung von öffentlichen und betroffenen privaten Interessen vorgenommen.⁴⁰

Wie bereits dargelegt (E. 4e), liegt der Wiederherstellung das grosse öffentliche Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet und das Interesse am Schutz des Landschaftsschutzgebiets Gürbeebene (III) zugrunde. Auf der anderen Seite steht das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Nutzung der Fläche in der Landwirtschaftszone als Parkplätze für ihren Betrieb in der Bauzone: Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie erfülle einen gesetzlichen Entsorgungsauftrag⁴¹ und sie sei eine bedeutende Arbeitgeberin in der Region.⁴² Im ländlichen Gebiet stünden Bringsammlungen im Vordergrund. Die Kunden würden dabei fast ausschliesslich mit dem Auto anreisen, was zur Folge habe, dass entsprechende Verkehrsflächen zur Verfügung stehen müssten.⁴³ Ohne Parkplätze wäre ein geordneter Ablauf des Betriebes nicht mehr möglich⁴⁴ und damit die Existenz des Betriebs gefährdet⁴⁵.

Die Beschwerdeführerin legt überzeugend dar, dass ihr Betrieb auf Parkplätze angewiesen ist und die Nutzung der Fläche in der Landwirtschaftszone als Parkplätze somit ihrem Betrieb dient. Die Beschwerdeführerin bringt damit wirtschaftliche Interessen vor. Rein wirtschaftliche Interessen haben jedoch gemäss Lehre und Rechtsprechung kaum je ausschlaggebendes Gewicht.⁴⁶ Dieses Argument könnte von vielen an die Landwirtschaftszone grenzende Betrieben vorgebracht werden; die Inanspruchnahme von Landwirtschaftsland würde vielen (angrenzenden) Betrieben wirtschaftlich bedeutende Vorteile verschaffen. Die öffentlichen Interessen an der Wiederherstellung überwiegen diese entgegenstehenden wirtschaftlichen Interessen. Das gilt umso mehr, als die privaten Interessen der Beschwerdeführerin angesichts des fehlenden guten Glaubens nicht oder nur in verringertem Mass zu berücksichtigen sind. Nicht ins Gewicht fällt schliesslich die Entsorgung des Kiesel und die Anhumusierung. Diese Massnahmen sind weder kostspielig noch in der Durchführung aufwändig. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich folglich als verhältnismässig.

f) Die Beschwerdeführerin bringt vor, auf die Wiederherstellung sei aus Gründen der Verhältnismässigkeit zu verzichten, solange ihr Betrieb am Standorte bestehe.

Eine Wiederherstellung erweist sich dann als unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom Gesetz gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, welcher der Eigentümerin oder dem Eigentümer durch die Wiederherstellung entstünde, nicht zu rechtfertigen

³⁹ BVR 2006 S. 444 E. 6.1

⁴⁰ Vgl. Beschwerdeschrift, Ziff. 17 ff.

⁴¹ Beschwerdeschrift, Ziff. 2

⁴² Beschwerdeschrift, Ziff. 12

⁴³ Beschwerdeschrift, Ziff. 11

⁴⁴ Beschwerdeschrift, Ziff. 3

⁴⁵ Beschwerdeschrift, Schlussbemerkungen nach Ziff. 19

⁴⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c, Bst. c mit Hinweisen. Siehe VGE 2018/128 vom 8. November 2018, E. 4.2 f. mit weiteren Hinweisen

vermögen.⁴⁷ Geringfügigkeit der Abweichung kann bei geringem konkreten öffentlichem Interesse und bloss leichter Bösgläubigkeit ein Grund sein, auf die Wiederherstellung zu verzichten.⁴⁸ Vorliegend geht es um eine Fläche von 160 m² und um 10 Parkplätze.⁴⁹ Die Inanspruchnahme einer so grossen Fläche Landwirtschaftsgebiet für eine nicht landwirtschaftliche Nutzung ist keine unbedeutende Abweichung vom Gesetz. Auch geht es in zeitlicher Hinsicht nicht um eine kurzfristige Nutzung. Der beantragte Verzicht auf die Wiederherstellung, solange der Betrieb bestehe, würde die nichtlandwirtschaftliche Nutzung der Parkfläche in der Landwirtschaftszone auf unabsehbare Zeit ermöglichen. Wie ausgeführt, überwiegen die öffentlichen Interessen an der Trennung von Bau- und Nichtbauzone und am Schutz des Landschaftsschutzgebiets die privaten Interessen der Beschwerdeführerin. Auch aus der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die Parkplätze schon lange nutzt, kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Gegenteil ist bei der Gewichtung ihrer Interessen zu berücksichtigen, dass sie bereits lange von der rechtswidrigen Nutzung profitiert hat.⁵⁰

g) Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, es erstaune, dass die Gemeinde keine Lösungsvorschläge unterbreite, wie der Betrieb langfristig bestehen und sich entwickeln könne.⁵¹

Aufgabe der Baupolizeibehörde ist es, die baurechtliche Ordnung durchzusetzen. (Baurechtskonforme) Lösungen für den Bestand und die Entwicklung von Betrieben zu finden, ist hingegen Sache der Betriebsinhaberin bzw. des Betriebsinhabers. Wie aus den Vorakten ersichtlich, fanden in der Vergangenheit verschiedene Gespräche mit der Beschwerdeführerin statt. Anlässlich der Besprechung vom 28. Januar 2019 wurde die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht, dass es vorab ihre Sache sei, Lösungsvorschläge für die Parkflächen zu unterbreiten.⁵²

h) Im Übrigen weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass im ganzen Kanton Bern in der Landwirtschaftszone Parkflächen beispielsweise zu sog. Blumenpflückfeldern bestünden, ohne dass dafür Baubewilligungen eingeholt bzw. erteilt worden seien. Im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung müsse all diesen Fällen nachgegangen werden.

Mit diesen pauschalen Aussagen vermag die Beschwerdeführerin weder eine Vergleichbarkeit dieser Objekte noch eine fehlerhafte Rechtsanwendung der Behörde in diesen Fällen zu belegen. Selbst wenn dem so wäre: Der Umstand, dass das Gesetz in einigen wenigen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Schliesslich kann aus Gründen der Rechtsgleichheit kaum je auf eine Wiederherstellung verzichtet werden, da es grundsätzlich keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gibt.⁵³

i) Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die Gemeinde die Frage der Wiederherstellung nicht mit der Ersatzvornahme verbinden dürfen.

Wird ein Bauvorhaben ohne Bewilligung ausgeführt, muss die Gemeinde als Baupolizeibehörde darüber entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Sie setzt

⁴⁷ BGE 132 II 21 E. 6.4

⁴⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c, mit Hinweisen

⁴⁹ Vgl. Protokollauszug des Gemeinderates Gelterfingen vom 31. März 2008 bzw. Plan 1:1000 zum Baugesuch vom 10. März 2007 (recte 2008), Vorakten, Reiter 12

⁵⁰ Vgl. VGE 2018/128 vom 8. November 2018, E. 4.3

⁵¹ Beschwerdeschrift, Ziff. 19

⁵² Vgl. Aktennotiz vom 28. Januar 2019, Vorakten, pag. 5

⁵³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. e

dafür gegebenenfalls eine Frist und droht die Ersatzvornahme an (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG).⁵⁴ Die Ersatzvornahme setzt voraus, dass die Behörde den Pflichtigen eine angemessene Frist zur Erfüllung angesetzt hat, verbunden mit der Androhung der Ersatzvornahme auf deren Kosten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann die Androhung der Ersatzvornahme mit der Wiederherstellungsverfügung erfolgen. Möglich ist auch der Erlass einer separaten Verfügung, wann und wie die Ersatzvornahme durchgeführt wird.⁵⁵ Das von der Gemeinde gewählte Vorgehen entspricht den rechtlichen Vorgaben und ist nicht zu beanstanden.

j) Die angesetzte Wiederherstellungsfrist (31. Mai 2020) ist wegen des Beschwerdeverfahrens neu festzulegen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin fünf Monate Zeit zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands eingeräumt. Die BVD setzt die Wiederherstellungsfrist entsprechend dieser Frist deshalb neu auf den 31. Oktober 2020 an.

5. Beweisabnahme

Die Beschwerdeführerin beantragte mit ihrer Eingabe vom 2. April 2020, dass beim AWA eine Stellungnahme einzuholen sei.

Gemäss Art. 18 VRPG stellen die Behörden den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Sie bestimmen Art und Umfang der Ermittlungen, ohne an die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein. Vom Einholen einer Stellungnahme beim AWA waren hier keine weiteren, entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten, weshalb darauf verzichtet werden konnte.

6. Zusammenfassung und Kosten

a) Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist zu bestätigen und es liegen keine Gründe für deren Verzicht vor. Die Androhung der Ersatzvornahme konnte mit der angefochtenen Verfügung verbunden werden. Der Beschwerdeführerin ist für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands eine Frist bis 31. Oktober 2020 einzuräumen.

b) 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 vorliegend festgesetzt auf Fr. 1'200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV⁵⁶). Nach 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. Den Vorinstanzen können grundsätzlich keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a und b VRPG). Ein besonderer Umstand stellt die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz dar. Es rechtfertigt sich, infolge der durch die Vorinstanz begangenen Gehörsverletzung auf ein Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 300.00 zu verzichten.⁵⁷ Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte hat auf die Einreichung einer Stellungnahme und eigener Verfahrensanträge verzichtet, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können. Im Ergebnis sind der als unterliegend geltenden Beschwerdeführerin somit Fr. 900.00 der

⁵⁴ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Art. 46 N. 13

⁵⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 4

⁵⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

⁵⁷ VGE 2014/198 vom 6. August 2015, E. 4, Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 7 und 9

Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Den Restbetrag trägt der Kanton. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde E. _____ (BE) vom 11. Dezember 2019 wird bestätigt.
2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Ziffer 2 der Verfügung der Gemeinde E. _____ (BE) vom 11. Dezember 2019 wird neu auf den 31. Oktober 2020 angesetzt.
3. Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 900.00 zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- C. _____, eingeschrieben
- Frau D. _____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde E. _____, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per E-Mail

Bau- und Verkehrsdirektion

i.V. des Direktors

Philippe Müller
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 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.