



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11  
3013 Bern  
Telefon +41 31 633 30 11  
info.ra.bvd@be.ch  
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2020/54

## **Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 1. März 2021**

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

und

**Baupolizeibehörde der Gemeinde Schwadernau, Schulstrasse 3, 2558 Aegerten**

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Schwadernau vom  
18. August 2020 (Reg Nr. 11.300; Abstellfläche)

### **I. Sachverhalt**

1. Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der Parzellen A. \_\_\_\_\_ in der Dorfzone und J. \_\_\_\_\_ in der B. \_\_\_\_\_ zone in Schwadernau. Letztere wird seit längerem nicht mehr zonenkonform genutzt. Das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) hat die von der Gemeinde beschlossene ZPP «D. \_\_\_\_\_ +» mit Entscheid vom 9. März 2020 genehmigt. Aufgrund von hängigen Beschwerden ist dieser Entscheid nicht rechtskräftig.

Für die Parzelle Nr. A. \_\_\_\_\_ bewilligte die Gemeinde am 14. Oktober 2008 die Nutzung als Parkplatz für bis 60 Motorfahrzeuge und Anhänger. Als Bestandteil des Bauentscheides galt insbesondere die Auflage der Gewässerschutzbewilligung für die Umnutzung im Gewässerschutzbereich A<sub>u</sub>, wonach auf Flächen, deren Regenabwasser versickert wird, keine Unterhalts-, Wasch- und Reparaturarbeiten an Fahrzeugen und Maschinen durchgeführt und keine wassergefährdenden Stoffe gelagert oder umgeschlagen sowie keine Unfall- und Pannenfahrzeuge, bei denen mit Flüssigkeitsverlusten zu rechnen ist, abgestellt werden dürfen. Weiter verfügte die Gemeinde aufgrund der durchgeführten Einspracheverhandlung als Bedingung, dass keine Altfahrzeuge abgestellt werden dürfen und bei Fahrzeugen ohne Kontrollschilder eine Kopie des Fahrzeugausweises hinter die Windschutzscheibe gelegt werden muss. Ebenfalls Bestandteil des Bauentscheides war die Bedingung für die Strassenanschlussbewilligung und die Bewilligung für das Bauen im Strassenabstand, dass bei einer anderen Nutzung längs der Kantonsstrasse als heute (z.B. einzelner Gewerbebetrieb, Autoausstellung, Überbauung) mittels eines Verkehrskonzepts mit Umgebungsgestaltungsplan ein neues Baugesuch einzugeben sei.

Bezüglich der Parzelle Nr. J.\_\_\_\_\_ teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer mit Wiederherstellungsverfügung vom 11. Juni 2008 mit, das Abstellen von nicht immatrikulierten Fahrzeugen sowie die Lagerung von Elektrogeräten sei zonenwidrig und verlangte bis am 11. Juli 2008 die Räumung des Lagerplatzes. Mit einem separaten Schreiben gleichen Datums informierte die Gemeinde den Beschwerdeführer, dass eine Umzonung des Grundstückes in eine Wohnzone zur Zeit nicht möglich sei. Aufgrund eines Baugesuchs mit detaillierter Angabe der geplanten Nutzungsänderung könnte eine befristete Nutzungsänderung geprüft werden. Im November 2010 stellte der Beschwerdeführer ein Baugesuch für die «Erweiterung der bestehenden Nutzung für die Lagerung von Fahrzeugen und Anhängern aller Art + Materialien». Gemäss handschriftlicher Korrektur des Beschwerdeführers beschränkte sich das Gesuch auf die grün gefärbte Fläche auf dem Situationsplan (ca. 30 x 59 m). Am 7. März 2011 bewilligte die Gemeinde aufgrund der nächsten Ortsplanungsrevision auf Zusehen hin die Umnutzung des Teilstücks von 6 m auf 30 m als Parkplatz. Dabei verfügte sie, dass die Fläche nicht als allgemeiner Lagerplatz, sondern nur für das Parkieren von 10 Fahrzeugen genutzt werden dürfe. Die Fahrzeuge müssten geprüft und fahrtüchtig sein und es sei eine Kopie des Fahrzeugausweises hinter die Windschutzscheibe zu legen. Ein weiteres Baugesuch (Nr. 12/2012) für eine weitergehende Umnutzung blieb unerledigt bzw. bezeichnet die Gemeinde als zurückgezogen. Die Gemeinde begründet dies mit fehlenden Angaben des Beschwerdeführers zur konkreten Nutzung. Mit Bauentscheid vom 14. Juli 2016 bewilligte die Gemeinde für maximal zwei Jahre das Gesuch Nr. 05/16 für eine Erweiterung der Parkplätze für 30 Personenwagen. Sie verlangte, dass bei den abgestellten Fahrzeugen eine Kopie des Fahrzeugausweises sichtbar abgelegt werde. Mit Baugesuch vom 4. April 2019 beantragte der Beschwerdeführer das Erstellen von Abstellplätzen für Fahrzeuge und für die Lagerung von Material. Gemäss dem eingereichten Plan betraf dies die Fläche, welche die Gemeinde 2016 befristet als Parkplatz bewilligt hatte sowie eine weitere Fläche von ca. 830 m<sup>2</sup>. Dieses bewilligte die Gemeinde am 9. Juli 2019 insbesondere mit der gestützt auf den gewässerschutzrechtlichen «Mitbericht Nr. 1» der E.\_\_\_\_\_ AG erlassenen Auflage, dass die abgestellten Fahrzeuge immatrikuliert und in fahrtüchtigem Zustand (keine Reparaturfahrzeuge) sein müssen und befristete die Bewilligung bis zur Genehmigung der ZPP. Weiter seien Fahrzeuge und übriges Material, welches nicht zur Sägerei gehört, ausschliesslich auf dem Parkplatz abzustellen. Alle Deponien auf der übrigen Parzellenfläche seien zu entfernen.

2. Nach Rechtskraft des Bauentscheids vom 9. Juli 2019 erklärte der Beschwerdeführer gegenüber der Gemeinde, er sei mit der Auflage, dass auf der Parzelle Nr. J.\_\_\_\_\_ nur immatrikulierte Fahrzeuge abgestellt werden dürfen, nicht einverstanden, da die abgestellten Fahrzeuge grösstenteils "im Handel seien" oder für den Export bereit gestellt würden.<sup>1</sup> Nach einer mündlichen Besprechung teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 20. Mai 2020 mit, dass die Baubewilligungen vom 14. Oktober 2008 bzw. 9. Juli 2019 für die aktuelle bzw. gewünschte Nutzung als Abstellfläche des Autogewerbes oder -handels der Parzellen A.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ nicht mehr genügten und setzte Frist bis zum 31. Juli 2020 zur Einreichung eines Baugesuchs durch den "Betreiber der Abstellfläche" bzw. zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.

Nachdem der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 31. Juli 2020 den rechtswidrigen Zustand bestritten hatte, erliess die Gemeinde am 18. August 2020 die folgende Wiederherstellungsverfügung:

1. Sie werden aufgefordert, die Parzelle A.\_\_\_\_\_ bis zum 31. Oktober 2020 von sämtlichen nicht zulässigen Fahrzeugen zu räumen resp. für die rechtmässige Nutzung gemäss Baubewilligung vom 14.10.2008 zu sorgen, das heisst
  - Nutzung als Parkplatz für bis 60 Motorfahrzeuge und Anhänger.

---

<sup>1</sup> Vorakten Gemeinde, Beilage 1.13

- Altfahrzeuge gemäss Definition des Regierungsstatthalteramtes und des Amtes für Wasser und Abfall dürfen nicht abgestellt werden.
  - Bei Fahrzeugen ohne Kontrollschilder muss eine Kopie des Fahrzeugausweises hinter die Windschutzscheibe gelegt werden.
  - Boote ohne Nummernschilder und nicht bewohnte Wohnwagen dürfen abgestellt werden.
2. Sie werden aufgefordert, die Parzelle I. \_\_\_\_\_ bis zum 31. Oktober 2020 von sämtlichen nicht zulässigen Fahrzeugen und übrigem Material zu räumen resp. für die rechtmässige Nutzung gemäss Baubewilligung vom 09.07.2019 zu sorgen, das heisst
- Die Fahrzeuge, welche abgestellt werden, müssen immatrikuliert und in einem fahrtüchtigen Zustand sein (keine Reparaturfahrzeuge).
  - Fahrzeuge und übriges Material, welche nicht zur Sägerei gehört, darf ausschliesslich auf dem Parkplatz abgestellt werden. Alle Deponien auf der übrigen Parzellenfläche sind zu entfernen.
3. [Strafandrohung]
4. Die Wiederherstellungsverfügung wird aufgeschoben, wenn innert 30 Tagen seit Eröffnung ein nachträgliches Baugesuch eingereicht wird (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG).
5. [Kosten]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

3. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 18. September 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Die Wiederherstellungsverfügung vom 18.08.2020 sei aufzuheben.
2. Dem Beschwerdeführer sei zu Lasten der Beschwerdegegnerin eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet<sup>2</sup>, holte eine Vernehmlassung und – unter mehreren Malen – Vorakten ein. Es teilte den Parteien zudem mit, dass es im Falle der Abweisung der Beschwerde von Amtes wegen den Kanzleifehler im Dispositiv des angefochtenen Entscheids (Parzelle I. \_\_\_\_\_ statt J. \_\_\_\_\_) korrigieren werde. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## II. Erwägungen

### 1. Eintreten

Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG<sup>3</sup> können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

---

<sup>2</sup> 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)

<sup>3</sup> Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

## 2. Bewilligte Nutzungen / Auflagen

a) Bezüglich der Parzelle A.\_\_\_\_\_ bewilligte die Gemeinde mit Baubewilligung vom 14. Oktober 2008 die Nutzung als Parkplatz für bis 60 Motorfahrzeuge und Anhänger und verfügte aufgrund der durchgeführten Einspracheverhandlung als Bedingung, dass keine Altfahrzeuge abgestellt werden dürfen und bei Fahrzeugen ohne Kontrollschilder eine Kopie des Fahrzeugausweises hinter die Windschutzscheibe gelegt werden muss. Die Erweiterung der Parkplatzfläche bzw. den zusätzlichen Lagerplatz auf zwei ausgeschiedenen Flächen auf der Parzelle J.\_\_\_\_\_ bewilligte die Gemeinde am 9. Juli 2019 insbesondere mit der Auflage, dass die abgestellten Fahrzeuge immatrikuliert und in fahrtüchtigem Zustand (keine Reparaturfahrzeuge) sein müssen. Weiter verfügte die Gemeinde als Auflage/Bedingung, dass Fahrzeuge und übriges Material, welches nicht zur Sägerei gehöre, ausschliesslich auf dem Parkplatz abgestellt werden darf. Alle Deponien auf der übrigen Parzellenfläche seien zu entfernen.

b) Ausnahme- und Baubewilligungen können mit Bedingungen oder Auflagen verknüpft werden (Art. 29 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 3 BauG). Bedingungen sind entweder Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Baubewilligung genutzt werden darf (Suspensivbedingung), oder Vorbehalte, deren Eintritt den Wegfall der Bewilligung zur Folge hat (Resolutivbedingung). Auflagen sind Pflichten, die mit einer Baubewilligung verbunden sind. Die Nichterfüllung einer Auflage berührt die Geltung der Baubewilligung nicht, kann aber baupolizeiliche Massnahmen – insbesondere die Ersatzvornahme – und Bestrafung nach sich ziehen.<sup>4</sup> Wenn ein Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen klar nicht entspricht, kann der Mangel nicht mit Bedingungen oder Auflagen geheilt werden. Bedingungen und Auflagen zu einer Baubewilligung kommen daher nur bei Bauvorhaben in Betracht, die je nach ihrer Gestaltung oder Einrichtung oder je nach der Art der Nutzung oder Betriebsführung gesetzeskonform oder gesetzwidrig sein können. Bedingungen und Auflagen sind in solchen Fällen das Mittel dazu, die gesetzwidrigen Auswirkungen zu verhindern. Insoweit sind sie gegenüber der Alternative des Bauabschlags das mildere Mittel.<sup>5</sup> Die Bedingungen und Auflagen müssen in einem engen sachlichen Zusammenhang zur erteilten Bau- oder Ausnahmebewilligung stehen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein.<sup>6</sup>

In den Baubewilligungsverfahren musste die Gemeinde den engen sachlichen Zusammenhang, das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit der Auflagen/Bedingungen prüfen. Darüber hat sie in den jeweiligen Bauentscheiden rechtskräftig entschieden. Einwände gegen die Auflagen/Bedingungen hätte der Beschwerdeführer im Baubewilligungsverfahren bzw. im Beschwerdeverfahren gegen die Baubewilligung vorbringen müssen. Denn die Rechtsmittelfrist für die Anfechtung der Auflage oder Bedingung zu einer Baubewilligung darf nicht dadurch umgangen werden, dass mit der Anfechtung zugewartet wird, um schliesslich im Wiederherstellungsverfahren vorzubringen, dass die Auflage/Bedingung fehlerhaft sei.<sup>7</sup> Auf die Rüge des Beschwerdeführers, die gültigen Baubewilligungen hätten Schwächen, da die Bedingungen/Auflagen Richtung Schikane laufen würden, wird daher nicht eingetreten.

c) Die rechtskräftigen Baubewilligungen berechtigen den Beschwerdeführer, auf der Parzelle Nr. A.\_\_\_\_\_ maximal 60 Motorfahrzeuge und Anhänger abzustellen und zwei dafür

<sup>4</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 29 N. 1

<sup>5</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 38-39 N. 15a

<sup>6</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 38-39 N. 15a Bst. d

<sup>7</sup> Vgl. dazu BVR 1992 S. 449 ff. sowie Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 38-39 N. 15c

ausgeschiedene Flächen der Parzelle J. \_\_\_\_\_ als Park- oder Lagerplatz zu benützen. Die rechtskräftigen Auflagen/Bedingungen verpflichten den Beschwerdeführer, keine Altfahrzeuge abzustellen und bei Fahrzeugen ohne Kontrollschilder eine Kopie des Fahrzeugausweises hinter die Windschutzscheibe zu legen (Parzelle Nr. A. \_\_\_\_\_) bzw. nur Fahrzeuge abzustellen, die immatrikuliert und in fahrtüchtigem Zustand (keine Reparaturfahrzeuge) sind (Parzelle Nr. J. \_\_\_\_\_). Die Gemeinde bewilligte weder eine Abstellfläche des Autogewerbes oder – handels noch einen Sammelplatz des Autoabbruchgewerbes, da auf diesen Flächen auch Fahrzeuge stehen dürfen, die endgültig ausser Betrieb gesetzt sind oder länger als einen Monat ohne Kontrollschild im Freien stehen (vgl. Art. 36 Abs. 2 BauV<sup>8</sup>). Ein Sammelplatz des Autoabbruchgewerbes muss überdies besonderen Anforderungen entsprechen (Art. 38 ff. BauV).<sup>9</sup> Wie dies der Beschwerdeführer geltend macht, müssen die Parkflächen zwar nicht zusätzlich und ausdrücklich «für Autogewerbe und –handel» bewilligt werden. Aufgrund der bestehenden Bewilligungen kann der Beschwerdeführer jedoch nicht von der Ausnahmeregelung gemäss Art. 36 Abs. 2 Bst. b BauV profitieren. Damit darf er auf den Parzellen A. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ auch aufgrund der Abfallgesetzgebung keine ausgedienten Fahrzeuge abstellen. Als ausgedient gelten Fahrzeuge, die endgültig ausser Betrieb gesetzt sind oder länger als einen Monat ohne Kontrollschild im freien stehen. Ausgenommen sind Fahrzeuge, für die der Halter das Kontrollschild nicht länger als ein Jahr beim Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt hinterlegt hat (Art. 36 Abs. 2 Bst. a BauV). Die geltenden Auflagen/Bedingungen schliessen folglich das Abstellen von Fahrzeugen durch Inhaber von Betrieben des Autogewerbes oder des Autohandels nicht aus. Diese dürfen jedoch nicht ausgedient sein bzw. müssen die Auflagen und Bedingungen der Baubewilligungen erfüllen.

d) Die übrigen Flächen der Parzelle J. \_\_\_\_\_, die weder als Park- noch Lagerplatz bewilligt sind, darf der Beschwerdeführer nicht als Park- oder Lagerplatz nutzen: Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist die Umnutzung des Lagerplatzes des früheren Sägereibetriebs in einen allgemeinen Park- oder Lagerplatz baubewilligungspflichtig, da in der B. \_\_\_\_\_ zone – nebst Wohnraum für Betriebsleiter – einzig Bauten für die Verarbeitung und die Lagerung von Holz und zudienenden Betriebszweigen zulässig sind (vgl. Art. 29 Bau- und Landschaftspflegereglement der Einwohnergemeinde Schwadernau von 1996) und eine Nutzung von einem anderen Betrieb nicht der in dieser Zone zugelassenen Nutzung entspricht.<sup>10</sup> Zudem hat die Gemeinde in ihrem Bauentscheid als Bedingung und Auflage festgehalten, dass Fahrzeuge und übriges Material, welches nicht zur Sägerei gehört, ausschliesslich auf dem Parkplatz abgestellt werden darf und die Deponien auf der übrigen Parzellenfläche zu entfernen sind. Damit hat sie entschieden, dass die Erteilung der Ausnahmebewilligung nur unter der Auflage erfolgt, dass die übrige Parzellenfläche nicht als nicht zonenkonformer Lager- bzw. Parkplatz benutzt wird.

3. Wiederherstellung Fahrzeuge / Nutzung auf Parzelle A. \_\_\_\_\_ sowie dem Parkplatz auf Parzelle J. \_\_\_\_\_

a) Mit der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung verpflichtet die Gemeinde den Beschwerdeführer, die Parzellen A. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ bis zum 31. Oktober 2020 von sämtlichen nicht zulässigen Fahrzeugen zu räumen resp. für die rechtmässige Nutzung gemäss Baubewilligung vom 14. Oktober 2008 bzw. 9. Juli 2019 zu sorgen: Auf Parzelle A. \_\_\_\_\_ also weder mehr als 60 Motorfahrzeuge und Anhänger noch Altfahrzeuge abzustellen und bei Fahrzeugen ohne Kontrollschilder eine Kopie des Fahrzeugausweises hinter die

<sup>8</sup> Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

<sup>9</sup> Vgl. dazu Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 24 N. 37

<sup>10</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 1a N. 24

Windschutzscheibe zu legen und auf Parzelle J. \_\_\_\_\_ nur immatrikulierte Fahrzeuge in fahrtüchtigem Zustand (keine Reparaturfahrzeuge) abzustellen.

b) Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er gegen die geltenden Bewilligungen verstösst. Auf Parzelle A. \_\_\_\_\_ seien nie mehr als 60 Fahrzeuge und keine Altfahrzeuge abgestellt worden. Auf Parzelle J. \_\_\_\_\_ seien alle abgestellten Fahrzeuge immatrikuliert (Privatfahrzeuge, Garage- und Händlerfahrzeuge meistens) und alle in fahrtüchtigem Zustand. Weiter kritisiert er, die Gemeinde argumentiere mit der «gewünschten Nutzung», ohne diese zu umschreiben. Die Verfügung sei zudem nicht vollstreckbar, da Begründung und konkrete Anweisungen wie und bezüglich welcher Fahrzeuge, Gegenstände und Waren die Wiederherstellung zu erfolgen habe, fehlten.

c) Die Gemeinde bringt in ihrer Vernehmlassung vor, vor Ort könne festgestellt werden, dass Fahrzeuge ohne Nummernschilder abgestellt seien. Es könne davon ausgegangen werden, dass es sich dabei um nicht immatrikulierte Fahrzeuge bzw. Altfahrzeuge handle, unabhängig davon, ob diese sich in einem fahrtüchtigen Zustand befinden oder nicht. Die Baubewilligung vom 9. Juli 2019 genüge für die aktuelle und insbesondere die gewünschte Nutzung der Parzelle Nr. J. \_\_\_\_\_ als Abstellfläche des Autogewerbes oder -handels nicht.

d) Auflagen und Bedingungen zu einer Baubewilligung sind selbständig erzwingbar. Die Verpflichtung zur "Wiederherstellung" kann auch in der Aufforderung bestehen, den rechtmässigen Zustand erstmals herzustellen, z.B. einen bewilligten, aber unvollendeten Bau oder die Gestaltung von dessen Umgebung zu vollenden oder eine rechtskräftige Bedingung oder Auflage zu erfüllen.<sup>11</sup> Auf eine Auflage kann im Wiederherstellungsverfahren nicht mehr zurückgekommen werden, es sei denn, die Auflage wäre nichtig, sie verletzte unverzichtbare und unverjährbare Verfassungsrechte oder es bestehe ein Anspruch auf Wiederaufnahme des Verfahrens.<sup>12</sup> Gleiches gilt für eine Bedingung.

e) Da die Auflagen/Bedingungen bezüglich dem Zustand der Fahrzeuge bzw. zur Hinterlegung einer Kopie des Fahrzeugausweises rechtskräftig und weder Nichtigkeitsgründe, eine Verletzung unverzichtbarer und unverjährender Verfassungsrechte noch ein Anspruch auf Wiederaufnahme des Verfahrens geltend gemacht werden oder ersichtlich sind, kann deren Einhaltung in einem Wiederherstellungsverfahren verlangt werden. Der Erlass einer kostenpflichtigen Wiederherstellungsverfügung bedingt jedoch, dass ein rechtswidriger Zustand besteht und im Bestreitungsfall nachgewiesen wird, die Verstösse gegen den bewilligten Zustand also im Einzelnen dokumentiert werden. Der Hinweis auf eine allfällige andere künftige Nutzung genügt nicht. Die Gemeinde belegt ihre Behauptung, dass auf den Parzellen Fahrzeuge ohne Nummernschilder stehen, nicht. Der Beschwerdeführer bestreitet dies. Es ist somit nicht erwiesen, dass der Beschwerdeführer gegen die Auflagen auf der Parzelle J. \_\_\_\_\_ verstösst. In Bezug auf Parzelle A. \_\_\_\_\_ muss zudem belegt werden, dass Altfahrzeuge, also Fahrzeuge, die endgültig ausser Betrieb gesetzt sind oder länger als einen Monat ohne Kontrollschild im Freien stehen (Art. 36 Abs. 2 BauV), abgestellt sind oder sich bei Fahrzeugen ohne Kontrollschilder keine Kopie des Fahrzeugausweises hinter der Windschutzscheibe befindet. Damit hat die Gemeinde den Sachverhalt ungenügend abgeklärt.

f) Wie unter Ziffer 2 ausgeführt, hat die Gemeinde auf den beiden betroffenen Parzellen einzig Parkplätze und keinen Autohandel bewilligt. Die Wiederherstellung in Bezug auf die abgestellten

---

<sup>11</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 8 und 38-39 N. 15c

<sup>12</sup> BVR 1992 S. 449 ff.; vgl. auch Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 38-39 N. 15c

Fahrzeuge hat vorliegend einen engen Zusammenhang mit der Nutzung der Grundstücke: Eine Nutzung der Parkplätze gemäss den erteilten Bewilligungen ist zwar durchaus möglich, ohne gleichzeitig ein bewilligungspflichtiges Gewerbe zu betreiben. Die hohe Anzahl an bewilligten Parkplätzen, die Aussagen des Beschwerdeführers anlässlich der Baukommissionssitzung vom 13. Mai 2020 sowie der Auszug aus der Sitzung des Gemeinderates vom 10. September 2018 legen jedoch nahe, dass eine weitergehende Nutzung im Sinne eines Autohandels bzw. einer Autoausstellung erfolgt.<sup>13</sup> Falls die Gemeinde eine solche Nutzung feststellt und belegen kann, ist sie ebenfalls zu verbieten. Hier wäre die Wiederherstellungsanordnung mit dem Hinweis auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs innert 30 Tagen zu versehen. Ein entsprechendes Baugesuch müsste den aktenskundigen Anliegen des Gewässerschutzes (insbesondere keine Unfall- bzw. Reparaturfahrzeuge)<sup>14</sup> und der Verkehrssicherheit (Verkehrskonzept)<sup>15</sup> Rechnung tragen.

g) Nach dem Gesagten sind die Ziffern 1 und 2 Lemma 1 der angefochtenen Verfügung in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Angesichts der erforderlichen Beweismassnahmen rechtfertigt es sich, die Akten gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VRPG<sup>16</sup> an die Vorinstanz zu neuer Prüfung zurückzuweisen. Die Gemeinde erwähnt in ihrem Schreiben vom 20. Mai 2020 einen «Betreiber der Abstellfläche»<sup>17</sup>, welcher nebst dem Beschwerdeführer eine Frist zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs für eine Abstellfläche des Autogewerbes oder – handels erhielt. Es ist nicht belegt, dass die Gemeinde diesen Nutzer in das Verfahren miteinbezogen hat. Nach der Wiederaufnahme des Verfahrens hat sie dies nachzuholen, den Nutzer also in das Verfahren miteinzubeziehen und ihm sämtliche Parteirechte zu gewähren.<sup>18</sup> Die Gemeinde wird die notwendigen Abklärungen treffen und allfällige Wiederherstellungsmassnahmen verfügen müssen. Zusammen mit dieser Verfügung hat sie ihre Kosten gesamthaft neu zu verlegen, da mit dem vorliegenden Entscheid auch die Auferlegung der bisherigen Kosten aufgehoben wird.

#### 4. Wiederherstellung auf Parzelle J.\_\_\_\_\_, übrige Parzellenfläche (nicht Park- oder Lagerplatz)

a) Mit der angefochtenen Verfügung ordnet die Gemeinde zudem in Ziffer 2 Lemma 2 für die Parzelle Nr. J.\_\_\_\_\_ an, nicht zur Sägerei gehörende Fahrzeuge und übriges Material, welches nicht zur Sägerei gehöre, ausschliesslich auf dem Parkplatz abzustellen. Alle Deponien auf der übrigen Parzellenfläche seien zu entfernen.

b) Der Beschwerdeführer bringt vor, die Gemeinde begründe nicht, wieso sie verfügte, dass alle Deponien auf der übrigen Parzellenfläche zu entfernen seien. Zudem bestimme sie nicht, um welche konkreten Deponien (Ort, Lager, Material) es sich dabei handle. Nachdem die Sägerei seit 2006 eingestellt sei, gebe es logischerweise überhaupt kein Material mehr, das "zur Sägerei" gehöre. Nach dem Verfügungstext müsste daher alles, was sich nicht auf der bewilligten Parkplatzfläche befinde, geräumt werden, was unsinnig sei. Er bringt zudem vor, die Deponien auf dem übrigen Areal seien seit jeher unverändert und effektiv offensichtlich nicht Gegenstand der aktuellen Diskussion um die zusätzliche Baubewilligung.

<sup>13</sup> Vorakten Gemeinde, Beilagen 1.8 und 1.14

<sup>14</sup> Vorakten Gemeinde, Beilage 2.8 und Vorakten Baugesuch 03/19, Beilage 1.13

<sup>15</sup> Vorakten Gemeinde, Beilage 2.7

<sup>16</sup> Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

<sup>17</sup> Vorakten Gemeinde, Beilage 1.7

<sup>18</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 12

c) Besteht auf einem Grundstück ein unbewilligter Lagerplatz, hat die Gemeinde nach Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Wiederherstellungsverfahren die Entfernung der gelagerten Gegenstände zu verfügen und dabei die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs zu gewähren (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist zu prüfen, ob das Bauvorhaben ganz oder teilweise bewilligt werden kann. Die Wiederherstellungsverfügung fällt in dem Umfang dahin, als die Baubewilligung erteilt wird. Im Falle des Bauabschlags entscheidet die Behörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Eine rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung sollte sofort vollstreckt werden. Werden keine dringenden öffentlichen Interessen und keine Interessen Dritter beeinträchtigt, darf die Baupolizeibehörde höchstens kurze Zeit mit der Ersatzvornahme zuwarten, um dem Pflichtigen Gelegenheit zu geben, den rechtmässigen Zustand noch selber herzustellen. Eine Verjährungs- oder Verwirkungsfrist für den Vollstreckungsanspruch sieht das Gesetz nicht vor. Rechtsprechung und Lehre haben die Frage offen gelassen, ob Art. 46 Abs. 3 BauG analog angewendet werden soll.<sup>19</sup>

Wiederherstellungsverfügungen sind Dauerverfügungen, die in die Zukunft wirken und unbefristet gelten. Wird der Zustand nach erfolgter Wiederherstellung rückgängig gemacht, z.B. durch Ersatz entfernter Gegenstände oder eine erneute widerrechtliche Nutzung, bedarf es – bei unveränderter Sach- und Rechtslage – keiner neuen Wiederherstellungsverfügung: gestützt auf die bestehende Verfügung kann die Wiederherstellung erneut vollstreckt werden.<sup>20</sup>

d) Bezüglich der Parzelle Nr. J. \_\_\_\_\_ teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer mit Wiederherstellungsverfügung vom 11. Juni 2008 mit, das Abstellen von nicht immatrikulierten Fahrzeugen sowie die Lagerung von Elektrogeräten seien zonenwidrig und verlangte bis 11. Juli 2008 die Räumung des Lagerplatzes. Mit einem separaten Schreiben gleichen Datums informierte die Gemeinde den Beschwerdeführer, dass eine Umzonung des Grundstückes in eine Wohnzone zur Zeit nicht möglich sei. Aufgrund eines Baugesuchs mit detaillierter Angabe der geplanten Nutzungsänderung könnte eine befristete Nutzungsänderung geprüft werden. Im November 2010 stellte der Beschwerdeführer ein Baugesuch für die «Erweiterung der bestehenden Nutzung für die Lagerung von Fahrzeugen und Anhängern aller Art + Materialien». Gemäss handschriftlicher Korrektur des Beschwerdeführers beschränkte sich das Gesuch auf die grün gefärbte Fläche auf dem Situationsplan (ca. 30 x 59 m). Am 7. März 2011 bewilligte die Gemeinde aufgrund der nächsten Ortsplanungsrevision auf Zusehen hin die Umnutzung des Teilstücks von 6 m auf 30 m als Parkplatz. Dabei verfügte sie, dass die Fläche nicht als allgemeiner Lagerplatz, sondern nur für das Parkieren von 10 Fahrzeugen genutzt werden dürfe. Die Fahrzeuge müssten geprüft und fahrtüchtig sein und es sei eine Kopie des Fahrzeugausweises hinter die Windschutzscheibe zu legen. Ein weiteres Baugesuch (Nr. 12/2012) für eine weitergehende Umnutzung blieb unerledigt bzw. bezeichnet die Gemeinde als zurückgezogen. Die Gemeinde begründet dies mit fehlenden Angaben des Beschwerdeführers zur konkreten Nutzung. Mit Bauentscheid vom 14. Juli 2016 bewilligte die Gemeinde für maximal zwei Jahre das Gesuch Nr. 05/16 für eine Erweiterung der Parkplätze für 30 Personenwagen. Sie verlangte, dass bei den abgestellten Fahrzeugen eine Kopie des Fahrzeugausweises sichtbar abgelegt werde. Mit Baugesuch vom 4. April 2019 beantragte der Beschwerdeführer das Erstellen von Abstellplätzen für Fahrzeuge und für die Lagerung von Material. Gemäss dem eingereichten Plan betraf dies die Fläche, welche die Gemeinde 2016 befristet als Parkplatz bewilligt hatte sowie eine weitere Fläche von ca. 830 m<sup>2</sup>. Dieses bewilligte die Gemeinde am 9. Juli 2019 insbesondere mit der Auflage, dass die abgestellten Fahrzeuge immatrikuliert und in fahrtüchtigem Zustand (keine Reparaturfahrzeuge) sein müssen und befristete die Bewilligung bis zur Genehmigung der ZPP. Weiter seien

<sup>19</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 47 N. 6 mit weiteren Hinweisen

<sup>20</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 8

Fahrzeuge und übriges Material, welches nicht zur Sägerei gehört, ausschliesslich auf dem Parkplatz abzustellen. Alle Deponien auf der übrigen Parzellenfläche seien zu entfernen.

e) Vorliegend ist unklar, ob der Beschwerdeführer der Verfügung vom 11. Juni 2008 je nachgekommen ist. Eine erneute Vollstreckung der Verfügung vom 11. Juni 2008 scheidet aus, da die Gemeinde nach Erlass dieser Verfügung teilweise eine Nutzung als Parkplatz und Lager bewilligte und sich damit die Sach- und Rechtslage geändert hat. Die Gemeinde verlangt auch nicht die Vollstreckung der Verfügung vom 11. Juni 2008. Vielmehr verweist sie in der angefochtenen Verfügung auf die Baubewilligung vom 9. Juli 2019. In dieser verfügte sie als Auflage/Bedingung, dass Fahrzeuge und übriges Material, das nicht zur Sägerei gehört, ausschliesslich auf dem Parkplatz abgestellt werden dürfe und alle Deponien auf der übrigen Parzellenfläche zu entfernen seien. Diese Auflage kam für den Beschwerdeführer nicht überraschend: Angesichts der Vorgeschichte musste der Beschwerdeführer wissen, dass er nicht die ganze Fläche als Lagerplatz benützen darf, nachdem die Gemeinde zuerst die vollständige Räumung des Platzes und danach immer wieder nur partiell Parkplätze bewilligt hatte. Entsprechend hatte er im Baugesuch 2019 nur auf einer klar begrenzten Fläche und nicht auf der ganzen Parzelle die Bewilligung eines Park- bzw. Lagerplatzes beantragt. Es gibt daher keine Veranlassung, dieser Auflage die Gültigkeit abzuspochen, auch wenn die Gemeinde die Räumungsaufforderung besser in einem Wiederherstellungsverfahren angeordnet hätte. Die Gemeinde hat damit gültig und rechtskräftig über den Grundsatz der Räumung entschieden. Falls sich auf diesen Flächen – wie vom Beschwerdeführer behauptet – «seit jeher unverändert» Deponien befinden, hat die Gemeinde mit diesem Entscheid auch eine allfällige Verwirkung infolge Zeitablaufs rechtskräftig verneint. Damit hat die Gemeinde im angefochtenen Entscheid zur Recht die Einhaltung der rechtskräftigen Auflage verlangt (vgl. dazu auch Ziffer 3d). Da der Beschwerdeführer einräumt, dass kein Material mehr vorhanden ist, das "zur Sägerei" gehört, sind sämtliche Gegenstände zu räumen. Die Wiederherstellungsanordnung ist insoweit auch hinreichend konkret und damit vollstreckbar.

f) Der Beschwerdeführer bestreitet die Angemessenheit der Länge der Wiederherstellungsfrist von rund 2,5 Monaten nicht. Da die Frist mittlerweile abgelaufen ist, setzt die BVD diese neu auf den 14. Mai 2021 an. Zudem wurde im vorinstanzlichen Entscheid versehentlich die falsche Parzellennummer aufgeführt. So handelt es sich beim betroffenen Grundstück des Beschwerdeführers nicht um Parzelle Schwadernau Grundbuchblatt Nr. I.\_\_\_\_\_, sondern um Parzelle Schwadernau Grundbuchblatt Nr. J.\_\_\_\_\_. Dieser Kanzleifehler wird im vorliegenden Verfahren von Amtes wegen berichtigt und die Grundbuchblatt Nr. entsprechend angepasst.<sup>21</sup>

g) Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung enthält zudem keine Androhung der Ersatzvornahme im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BauG. Die fehlende Androhung der Ersatzvornahme bewirkt weder Nichtigkeit noch Ungültigkeit der Wiederherstellungsverfügung. Vielmehr hat es zur Folge, dass diese nicht direkt vollstreckt werden kann. Die Ersatzvornahme ist folglich nachträglich anzudrohen, wenn dies nicht bereits in der Sachverfügung geschehen ist.<sup>22</sup> Der Androhung allein ist der Verfügungscharakter abzuspochen, da sie keine neue Pflicht anordnet, die nicht bereits die Sachverfügung vorsieht. Insbesondere bewirkt sie damit auch keine Ausdehnung des Streitgegenstands. Der Beschwerdeführer erleidet durch die Androhung der Ersatzvornahme keinen Nachteil. Einerseits wird er dadurch nicht zusätzlich beschwert. Andererseits könnte die Gemeinde die Ersatzvornahme auch noch später zusammen mit der Vollstreckungsverfügung androhen.<sup>23</sup> Die BVD ist daher befugt, die Ersatzvornahme im vorliegenden Beschwerdeentscheid nachträglich anzudrohen.

<sup>21</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 1221

<sup>22</sup> VGE 22962U vom 28.02.2008, E. 4.1

<sup>23</sup> VGE 22962U vom 28.02.2008, E. 4.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 13 Bst. c

## 5. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt der Beschwerdeführer insoweit mit der Beschwerde durch, als die Verfügung in Bezug auf die Fahrzeuge auf den als Parkplatz bewilligten Flächen aufgehoben und im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Nach neuer Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neubeurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.<sup>24</sup> Diesbezüglich gilt der Beschwerdeführer daher als obsiegend. Im Übrigen unterliegt der Beschwerdeführer. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer einen Drittel der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 900.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV<sup>25</sup>). Der Beschwerdeführer hat damit Verfahrenskosten im Umfang von CHF 300.-- zu tragen. Der Gemeinde können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 600.-- trägt der Kanton.

b) Der Beschwerdeführer verlangt eine angemessene Entschädigung. Gemäss Ziffer II.A.3 der Beschwerde hat der mitunterzeichnende Fürsprecher G.\_\_\_\_\_, Grossaffoltern, die Beschwerde abgefasst. Eine formelle Vertretung sei infolge der Löschung im Anwaltsregister (Berufsaufgabe per Ende 2019) nicht möglich.

Aufgrund der Löschung im Anwaltsregister macht der Beschwerdeführer zu Recht keinen Parteikostenersatz nach Art. 104 Abs. 1 VRPG geltend, da dieser nur den Aufwand umfasst, der durch die berufsmässige, staatlich regulierte und beaufsichtigte Parteivertretung anfällt.<sup>26</sup> Eine Billigkeitsentschädigung gemäss Art. 104 Abs. 2 VRPG wird nur ausnahmsweise und mit grosser Zurückhaltung zugesprochen. Sie ist auf aufwändige Verfahren beschränkt, in denen die beteiligte Privatperson durch sorgfältige Auseinandersetzung mit den sich stellenden Fragen und durch erheblichen persönlichen Arbeitsaufwand wesentlich zur Entscheidungsfindung beigetragen hat.<sup>27</sup> Diese strengen Voraussetzungen einer Billigkeitsentschädigung gemäss Art. 104 Abs. 2 VRPG sind vorliegend nicht erfüllt und es werden keine Parteikosten gesprochen.

## III. Entscheid

### 1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

Die Aufforderung zur Wiederherstellung gemäss Ziffer 2 Lemma 2 der Verfügung der Gemeinde Schwadernau vom 18. August 2020 Fahrzeuge und übriges Material, welches nicht zur Sägerei gehört, ausschliesslich auf dem Parkplatz der Parzelle Nr. J.\_\_\_\_\_ abzustellen und Deponien auf der übrigen Parzellenfläche zu entfernen, wird (samt Androhung der Strafbestimmungen) bestätigt. Die Frist zur Wiederherstellung wird von Amtes wegen neu angesetzt auf den 14. Mai 2021. Diese Anordnung wird zudem ergänzt

<sup>24</sup> BVR 2016 S. 222 E. 4.1

<sup>25</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

<sup>26</sup> Vgl. Ruth Herzog, in: Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 104 N. 3

<sup>27</sup> Ruth Herzog, in: Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 104 N. 29 mit weiteren Hinweisen

mit der Androhung, dass die Gemeinde die Ersatzvornahme vornimmt, sofern die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht innert der angesetzten Frist erfolgt. Im Übrigen wird die Verfügung der Gemeinde Schwadernau vom 18. August 2020 aufgehoben. Die Sache geht zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück.

2. Dem Beschwerdeführer werden CHF 300.-- Verfahrenskosten zur Bezahlung auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

#### **IV. Eröffnung**

- Herrn C.\_\_\_\_\_, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Schwadernau, eingeschrieben

#### **Bau- und Verkehrsdirektion**

Der Direktor

Christoph Neuhaus  
Regierungsrat

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, hinsichtlich der Rückweisung unter den Voraussetzungen von Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 3 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.

Beilage: Kopie des Situationsplanes der Parzelle J.\_\_\_\_\_ vom 4. April 2019