



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2021/65

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 29. April 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Bundesamt für Raumentwicklung (ARE), Worblentalstrasse 66, 3063 Ittigen
Beschwerdeführer

und

Herrn D. _____
Beschwerdegegner

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen, Bauabteilung, Vordorfgasse 1, 3714 Frutigen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen vom 28. Juni 2021
(Bauentscheid Nr. 2019-0106; Asphaltierung bestehende Hauszufahrt, Verzicht auf Wiederherstellung)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner ist Eigentümer der Liegenschaft Frutigen Gbbl. Nr. F. _____. Er bewohnt das Bauernhaus ganzjährig mit seiner Familie. Das Grundstück befindet sich in der Landwirtschaftszone und liegt auf einer Höhe von rund 1220 m ü.M. Der Beschwerdegegner gab den landwirtschaftlichen Betrieb nach X. _____ auf. Das Wiesland der Parzelle Nr. F. _____ (rund 8236 m²)¹ wird seither durch einen Pächter genutzt.

Bis ins Jahr 2008 war das Bauernhaus nur über einen Fussweg erreichbar.² Mit Gesamtentscheid vom 11. März 2008 bewilligte die Gemeinde eine landwirtschaftliche Zufahrtsstrasse zum Bauernhaus, welche gemäss bewilligtem Situationsplan auch die Erstellung eines Vorplatzes östlich des Bauernhauses umfasste. Bei der Zufahrtsstrasse handelt es sich um eine rund 165 m lange Hauszufahrt, die ein Gefälle von rund 14 % aufweist. Weil der Ökonomieteil damals noch zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung des Kulturlandes genutzt wurde, beurteilte das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) die Zufahrtsstrasse als zonenkonform. Heute dient der

¹ Vgl. Angaben zur Bodenbedeckung («Acker, Wiese, Weide») im Grundstück-Informationssystem GRUDIS

² Vorakten pag. 18 f. und 32; Luftbild SWISSIMAGE Zeitreise 2009

Ökonomieteil nicht mehr landwirtschaftlichen Zwecken; der Pächter transportiert das Heu zu seinem eigenen Betrieb.³

2. Bei einer Begehung in Zusammenhang mit dem geplanten Umbau des Bauernhauses stellten die Gemeinde und das AGR fest, dass die Zufahrtsstrasse und der Vorplatz entgegen der Baubewilligung von 2008 vollflächig asphaltiert waren. Der Beschwerdegegner reichte dafür am 15. November 2019 resp. 10. Dezember 2019 ein nachträgliches Baugesuch samt Ausnahmegesuch nach Art. 24 ff. RPG⁴ ein. Das Bauvorhaben umschrieb er als «Asphaltierung bestehender Kiesweg zur Gewährleistung des optimalen Unterhalts und sicheren Winterdienstes». Gemäss den eingereichten Projektplänen umfasst das Bauvorhaben auch eine Strassenverbreiterung in der nordöstlichen Kurve vor dem Vorplatz samt einer ca. 13 m langen Hangsicherung mit «Terramur». Entlang der Zufahrtsstrasse wurde eine ca. 7,5 m lange Blocksteinmauer erstellt.⁵

3. Mit Verfügung vom 3. Juni 2020 stellte das AGR fest, dass das Bauvorhaben nicht zonenkonform im Sinne von Art. 16a RPG sei und verweigerte eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG. Das AGR führte zusammengefasst aus, es handle sich nicht um eine landwirtschaftliche Hofzufahrt, weil nun das gesamte Gebäude nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werde.

4. Mit Entscheid vom 28. Juni 2021 erteilte die Gemeinde dem nachträglichen Baugesuch den Bauabschlag und verzichtete auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Ziffer 2 des Dispositivs). Sie begründete dies damit, dass ein Rückbau unverhältnismässig wäre. Der Unterhalt der Strasse wäre im Berggebiet mit entsprechender Höhenlage, Steigung, den anfallenden Schneemengen im Winter und den häufigen heftigen Gewittern im Sommer unzumutbar. Eine Rückbauanordnung verstosse auch gegen Treu und Glauben, da im Frutigtal und im gesamten Berner Oberland in dieser Zeit hunderte von Kilometern Bergstrassen und Hauszufahrten ohne rechtskräftige Bewilligung geteert worden seien. Der Belagseinbau sei aus heutiger Sicht nicht in bösgläubiger Absicht erfolgt.

5. Gegen diesen Entscheid reichte das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) am 30. Juli 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Der Beschwerdeführer stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Ziffer 3.2 des Dispositivs des Bauentscheids (...) sei aufzuheben.
2. Es sei anzuordnen, dass die Asphaltierung beseitigt und der Kiesweg und der Hausvorplatz gemäss rechtskräftiger Baubewilligung vom 11. März 2008 wiederhergestellt wird.
3. Die notwendigen Details der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands seien ebenfalls durch die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern anzuordnen.
Eventuell: die Akten seien zur Regelung der Details der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an die Gemeinde zurückzuweisen.

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁶, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Zudem gab es dem AGR Gelegenheit zur Stellungnahme.

³ Vorakten pag. 19

⁴ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

⁵ Vgl. Situationsplan 1:750 vom 9. Dezember 2019; Verfügung des AGR vom 3. Juni 2020 S. 2, Vorakten pag. 10 ff.

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)

Die Gemeinde verwies mit Stellungnahme vom 10. August 2021 auf den angefochtenen Bauentscheid. Das AGR beantragt mit Stellungnahme vom 19. August 2021, die Beschwerde sei gutzuheissen. Der Beschwerdegegner liess sich nicht vernehmen.

7. Das Rechtsamt holte bei der Gemeinde weitere Vorakten ein und bat sie, zum Belag des gegen den Hang vergrösserten Vorplatzes Stellung zu nehmen. Das Rechtsamt nahm die Luftbilder der Swisstopo, SWISSIMAGE Zeitreise von 2009, 2010, 2013 und 2016 zu den Akten und stellte sie den Verfahrensbeteiligten zu. Das Rechtsamt teilte dazu mit, der am 11. März 2008 bewilligte Situationsplan enthalte nur eine grobe Darstellung des bewilligten Bauvorhabens. Für den Fall, dass eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anzuordnen wäre, erwäge das Rechtsamt, für den rechtmässigen Zustand bezüglich den Verlauf der Zufahrtsstrasse, die bergseitige Hangstützmauer südlich des Bauernhauses und die Grösse des Hausvorplatzes zusätzlich auf das Luftbild der Swisstopo «9999,2010» abzustellen. Aufgrund einer vorläufigen, summarischen Beurteilung sei davon auszugehen, dass die später erstellte Hangsicherung/Stützmauer mit Terramur für die Sicherung des Hausvorplatzes nicht erforderlich sei. Das Rechtsamt erwog, im Falle einer Gutheissung der Beschwerde folgende Wiederherstellungsmassnahmen anzuordnen und gab den Parteien Gelegenheit, sich dazu zu äussern:

- (1) Der ohne Bewilligung eingebaute Asphaltbelag auf der Zufahrtsstrasse (Hauszufahrt) und auf dem Hausvorplatz ist vollständig zu entfernen. Davon ausgenommen ist der Belag «BEVAG» bei der Einmündung in die L. _____ strasse gemäss dem am 11. März 2008 bewilligten Plan «Pöschungsprofil Nr. 1».
- (2) Die Zufahrtsstrasse ist auf die Masse gemäss Baubewilligung vom 11. März 2008 zurückzubauen (maximal 2,6 m Breite). Der heute asphaltierte Hausvorplatz ist auf die Masse gemäss Luftbild «9999,2010» zurückzubauen, d.h. die nordöstliche Erweiterung und die Hangsicherung/Stützmauer mit «Terramur» sind vollständig zu entfernen.
- (3) Die Zufahrtsstrasse und der Hausvorplatz sind naturnah, mit sickerfähigen, orts- und regionaltypischen Materialien (klein gebrochene Kiesplanie, Mergel) zu erstellen.

8. Der Beschwerdeführer befürwortete die genannten Wiederherstellungsmassnahmen in seiner Stellungnahme vom 11. November 2021. Die Gemeinde reichte am 22. November 2021 weitere Akten und Fotos ein und teilte mit, die Vergrösserung des Vorplatzes gegen den Hang sei nicht asphaltiert. Zu den vorgeschlagenen Massnahmen äusserte sie sich nicht. Der Beschwerdegegner erklärte mit Stellungnahmen vom 10. und 22. November 2021, die Luftbilder gäben nicht ansatzweise die Steilheit des Geländes wieder. Der Hang südlich des Bauernhauses, wo heute die bergseitige Betonstützmauer stehe, sei früher notdürftig mit Eisenbahnschwellen gesichert gewesen. Andernfalls sei das Gelände rund um das Haus nicht nutzbar. Die Hangsicherung mit «Terramur» sei hauptsächlich aus Sicherheitsgründen und zur Stabilisierung der Böschung erstellt worden. Als E. _____ benötige er für den Warentransport einen Anhänger. Mit diesem sei es bei Nacht, Nebel oder Regen zu einigen brenzligen Situationen gekommen. Eine brenzlige Situation sei auch kürzlich beim Abtransport der Schafe durch den Pächter entstanden. Wenn ein Fahrzeug an dieser Stelle von der Strasse abkomme, würde es die Böschung hinunter «donnern», was für Personen oft tödlich ende.

9. Das Rechtsamt präzisierte, dass es sich bei der in der Instruktionsverfügung genannten «bergseitigen Hangstützmauer südlich des Bauernhauses» um die Blocksteinmauer entlang der Zufahrtsstrasse handle. Es erwog, im Falle einer Wiederherstellungsanordnung auf den Rückbau der Strassenverbreiterung in der Kurve beim Vorplatz zu verzichten.

Der Beschwerdeführer teilte mit Eingabe vom 15. Februar 2022 mit, er sei mit der Beurteilung des Rechtsamtes einverstanden. Der Beschwerdegegner äusserte sich mit Eingabe vom 7. Februar

2022 zur Notwendigkeit der Blocksteinmauer entlang der Strasse und befürwortete den in Aussicht gestellten Verzicht auf den Rückbau der Strassenverbreiterung in der Kurve.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG⁷ können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 49 BauG). Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Das ARE ist gemäss Art. 111 Abs. 2 BGG⁸ i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG und Art. 48 Abs. 4 RPV⁹ zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

c) Die Beschwerde richtet sich ausschliesslich gegen den von der Gemeinde erlassenen Wiederherstellungsverzicht. Der Bauabschlag und die Verfügung des AGR vom 3. Juni 2020 wurden von keiner Partei angefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Sie bilden nicht Streitgegenstand vor der BVD.

2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Kann ein Bauvorhaben auch nachträglich nicht bewilligt werden, hat die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Sie setzt dafür eine angemessene Frist unter Androhung der Ersatzvornahme (vgl. Art. 46 Abs. 2 und Abs. 2 Bst. e BauG). Massgebend für den rechtmässigen Zustand ist das Bauvorhaben, wie es in der Baubewilligung umschrieben und auf den bewilligten Plänen dargestellt ist. Im Falle eines Widerspruchs kommt den bewilligten Plänen grundsätzlich Vorrang zu. Die Bauherrschaft muss sich daher auf ihren Plänen behaften lassen; was nicht daraus hervorgeht, ist nicht bewilligt.¹⁰

b) Im Jahr 2007 reichte der Beschwerdegegner eine Voranfrage für die Erstellung einer Zufahrtsstrasse zum Bauernhaus ein. Das AGR beurteilte einen einfachen Bewirtschaftungsweg in minimal erforderlicher Breite und ohne festen Belag als zonenkonform.¹¹ Der Beschwerdegegner passte sein Baugesuch an.¹² Mit Verfügung des AGR vom 10. März 2008 und Baubewilligung der Gemeinde vom 11. März 2008 wurde eine 2,6 m breite landwirtschaftliche Zufahrtsstrasse mit «Planie» bewilligt. Einzig für den Einmündungsbereich in die L. _____ strasse ist ein fester Belag «BEVAG» bewilligt. Während die zulässige Breite der Zufahrtsstrasse (2,6 m) auf den bewilligten Schnittplänen «Pöschungsprofil» eindeutig definiert

⁷ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁸ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110)

⁹ Raumplanungsverordnung des Bundesrats vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. c, mit weiteren Hinweisen

¹¹ AGR, Stellungnahme vom 30. März 2007 zur Voranfrage, Vorakten pag. 75

¹² Vgl. Protokoll der Hochbaukommission Frutigen vom 30. Juni 2020, Vorakten pag. 5

ist, enthält der bewilligte Situationsplan nur eine rudimentäre Handskizze des Vorplatzes und des Strassenverlaufs. Zudem ist der bewilligte Situationsplan weitgehend unvermassst. Die bewilligten Pläne genügen nicht, um gestützt darauf den für die Wiederherstellung massgebenden, rechtmässigen Zustand ausreichend zu definieren. Für die Definition des rechtmässigen Zustandes ist im vorliegenden Fall auf weitere Dokumente abzustellen. Auf dem aktenskundigen Luftbild SWISSIMAGE Zeitreise 2010 ist erkennbar, dass der Verlauf der Zufahrtsstrasse weitgehend dem bewilligten Situationsplan entspricht. Der Vorplatz und der Kurvenbereich davor weichen hinsichtlich ihrer Form vom bewilligten Vorhaben ab, beanspruchen aber etwa eine vergleichbare Fläche. Entlang der Strasse ist auf dem Luftbild eine kurze bergseitige Hangsicherung mit Blocksteinen erkennbar (ungefähr zwischen den Landeskoordinaten A._____ und B._____). Das Rechtsamt erwog, dass für den rechtmässigen Verlauf der Strasse (inklusive die genannte Hangsicherung mit Blocksteinen) und des Vorplatzes auf den Zustand abzustellen ist, der auf dem Luftbild SWISSIMAGE Zeitreise 2010 ersichtlich ist. Dagegen hatte keine Verfahrenspartei Einwendungen. Bewilligt und damit massgebend ist zudem eine maximale Strassenbreite von 2,6 m.

c) Auf den aktenskundigen Zeitreise-Luftbildern der Swisstopo sind die Veränderungen gut ersichtlich, die der Beschwerdegegner in Etappen vorgenommen hat. Zunächst erstellte er die Zufahrtsstrasse ohne Asphaltbelag, was am grünen Mittelstreifen erkennbar ist (Zeitreise-Luftbild 2010). Nach seinen Angaben liess er die Asphaltierung im Jahr 2010 ausführen;¹³ sie ist auf dem Zeitreise-Luftbild von 2013 erkennbar. Aus dem Luftbild 2016 geht schliesslich hervor, dass in einem weiteren Schritt die Strasse im Kurvenbereich verbreitert wurde. Zudem entstand auch ein gekieser Vorplatz beim hinteren (oberen) Ökonomieteil.¹⁴ Diese Kiesfläche bildete jedoch nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens und ist somit auch nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

d) Das AGR verweigerte dem nachträglichen Baugesuch für die Asphaltierung und die verbreiterte Zufahrt eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG. Die Gemeinde erteilte dem Vorhaben den Bauabschlag. Der Beschwerdegegner akzeptierte diese Entscheidung; sie ist rechtskräftig. Es besteht somit ein unrechtmässiger Zustand bezüglich der Asphaltierung des Vorplatzes und der Zufahrtsstrasse (mit Ausnahme des bewilligten «BEVAG»-Belags bei der Einmündung in die L._____strasse), der Strassenverbreiterung und Hangsicherung mit «Terramur» in der Kurve und den auf dem Situationsplan des nachträglichen Baugesuchs ersichtlichen Verbreiterungen der Strasse in den unteren Abschnitten (auf dem Situationsplan vom 27. April 2020 zwischen den Schnitten A-A¹ und C-C¹).

e) 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.¹⁵

f) Generell besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von unrechtmässigen Bauten und Anlagen. Das Bundesgericht misst der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes grosses Gewicht zu, namentlich wenn das Raumplanungsrecht betroffen ist. Werden in der Landwirtschaftszone widerrechtliche Bauvorhaben nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare

¹³ Vorakten pag. 18

¹⁴ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde vom 22. November 2021, Fotos Nrn. 5 und 6 der Gemeinde

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

Zeit geduldet, wird der fundamentale Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet in Frage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt.¹⁶ Die zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden sind bunderechtlich verpflichtet, die Beseitigung von formell und materiell rechtswidrigen Bauten ausserhalb der Bauzone anzuordnen. Dagegen wiegt das private Interesse, weiterhin von illegalen Bauten und Nutzungen ausserhalb der Bauzone profitieren zu können, nicht schwer.¹⁷ Hinzu kommt das öffentliche Interesse an der Wahrung des Landschaftsbildes. In der Landwirtschaftszone hat die Einordnung eines Bauvorhabens in das Orts- und Landschaftsbild besonderes Gewicht. Dies ergibt sich namentlich aus Art. 3 Abs. 2 RPG, wonach die Landschaft zu schonen ist und sich Siedlungen, Bauten und Anlagen in die Landschaft einordnen sollen. Zudem dienen Landwirtschaftszonen nebst anderem der Erhaltung der Landschaft (Art. 16 RPG).

g) Der Beschwerdegegner äusserte sich im Beschwerdeverfahren nicht zur beantragten Entfernung des Asphaltbelags. Er wies jedoch wiederholt darauf hin, dass das Gelände sehr steil sei. Dazu ist festzuhalten, dass sich an dieser Ausgangslage seit dem Baubewilligungsverfahren von 2007/2008 nichts geändert hat. Damals beurteilte das AGR trotz des steilen Geländes lediglich einen einfachen, unbefestigten Bewirtschaftungsweg mit sickerfähiger Planie als bewilligungsfähig. Zum nachträglichen Baugesuch führte das AGR aus, es seien keine topografischen Hindernisse erkennbar. Dies gelte angesichts der geraden, regelmässigen Wegführung auch für die Wegsteigung von rund 13,5 %. Für die Bewirtschaftung des Kulturlandes genüge der baubewilligte Kies-/Planieweg.¹⁸ Es besteht kein Anlass, diese Beurteilung in Zusammenhang mit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in Frage zu stellen. Auch in Berggebieten sind Naturstrassen ausserhalb der Bauzone nach wie vor die Regel. Im vorliegenden Fall handelt es sich zudem nur um eine etwas längere Hauszufahrt, die sporadisch vom Pächter mit landwirtschaftlichen Fahrzeugen befahren wird. Trotz des Gefälles genügt dafür eine Strasse mit einer sickerfähigen Planie (Kies oder Mergel), auch wenn eine Naturstrasse mit weniger Komfort und einem grösseren Unterhaltsaufwand verbunden ist. Mit der vollflächigen Asphaltierung ändert sich das Erscheinungsbild der Strasse erheblich. Im Gegensatz zu einer Strasse mit naturnaher Oberfläche wirkt sich eine asphaltierte Strasse negativ auf das Landschaftsbild aus. Die Entfernung des Asphaltbelags und der Einbau einer naturnahen Oberfläche dienen sowohl dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des Raumplanungs- und Baurechts, als auch dem öffentlichen Interesse an der Wahrung bzw. Verbesserung des Landschaftsbildes. Das Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes überwiegt.

h) Die vollständige Entfernung des Asphaltbelags auf der Zufahrtsstrasse und auf dem Vorplatz und die Herstellung einer naturnahen Oberfläche sind erforderlich und geeignet zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Mildere Massnahmen sind nicht ersichtlich. Dem Beschwerdegegner war aus der Antwort des AGR zur Voranfrage bekannt, dass eine asphaltierte Zufahrtsstrasse nicht bewilligt würde; er reichte daraufhin ein angepasstes Projekt ein. Er wich bewusst von der Baubewilligung ab und gilt im baurechtlichen Sinne als bösgläubig. Die Entfernung des Asphaltbelags ist zumutbar, zumal wirtschaftliche Interessen kaum je berücksichtigt werden. Der gesamte Asphaltbelag muss somit entfernt werden. Die Zufahrtsstrasse und der Hausvorplatz sind naturnah, mit sickerfähigen, orts- und regionaltypischen Materialien (klein gebrochene Kiesplanie, Mergel) zu erstellen. Davon ausgenommen ist der Belag «BEVAG» bei der Einmündung in die L. _____ strasse gemäss dem am 11. März 2008 bewilligten Plan «Pöschungsprofil Nr. 1».

¹⁶ Vgl. BGE 136 II 359 E. 6 mit Hinweisen; VGE 2019/317 vom 12. Oktober 2020 E. 7.1 mit Hinweisen; BGer 1C_272/2019 vom 28. Januar 2020 E. 6.4

¹⁷ BGE 147 II 309 E. 5.5 und 5.6

¹⁸ Verfügung des AGR vom 3. Juni 2020; Stellungnahme des AGR vom 19. August 2021

i) Soweit der Beschwerdegegner die Strasse an einigen Stellen breiter gebaut hat als bewilligt,¹⁹ ist es zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlich, die Strasse auf die bewilligte Breite zurückzubauen. Dies betrifft die Strecke unterhalb des Kurvenbereichs bis zum «BEVAG»-Belag (auf dem Situationsplan vom 27. April 2020 handelt es sich um die Strecke zwischen den Schnitten A-A¹ und C-C¹). Der Rückbau der Verbreiterungen ist in Zusammenhang mit der Entfernung des Asphaltbelags möglich und zumutbar. Die kurze Hangsicherung mit Blocksteinen bergseits entlang der Zufahrtsstrasse (ungefähr zwischen den Landeskoordinaten A. _____ und B. _____) kann belassen werden.

j) Der Beschwerdegegner verbreiterte die Strasse im Kurvenbereich beim Vorplatz um rund 1,2 m und stützte die Verbreiterung mit einer Hangsicherung aus «Terramur» ab. Dadurch entstand eine zusätzliche Strassenfläche von rund 24 m². Im Kurvenbereich ist eine Leitplanke montiert. Der Beschwerdegegner wehrt sich gegen die Entfernung der Strassenverbreiterung samt Hangsicherung und macht dafür Sicherheitsgründe geltend. Er bringt vor, die Hangsicherung sei aufgrund der Steilheit des Geländes erforderlich. Die Verbreiterung sei für das Befahren mit einem Anhänger nötig; es seien schon viele «brenzlige» Situationen entstanden. An dieser Stelle bestehe Absturzgefahr, namentlich nachts und bei schlechter Witterung (Nebel, Regen).

Der Bauabschlag umfasst auch die Strassenverbreiterung samt Hangsicherung mit «Terramur» im Kurvenbereich. Dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes steht hier jedoch das öffentliche und private Interesse der Verkehrssicherheit entgegen, das vorliegend als gewichtig einzustufen ist. Es handelt sich um steil abfallendes Gelände mit einer durchschnittlichen Hangneigung von rund 16°.²⁰ Die Kurve zur Einfahrt auf den Vorplatz ist trotz der Verbreiterung noch relativ eng, was namentlich beim Befahren mit einem Anhänger ins Gewicht fällt. Leitplanken sind aus Gründen der Verkehrssicherheit an dieser Stelle unabdingbar. Der Rückbau der Strassenverbreiterung würde das Manövrieren mit einem Anhänger erschweren und damit auch die Unfallgefahr erhöhen. Hinzu kommt, dass auch im Falle des Rückbaus der Strassenverbreiterung eine Hangsicherung zur Abstützung der Strasse erforderlich sein dürfte. Mit einem Rückbau der Strassenverbreiterung wäre somit wenig gewonnen für die Interessen der Raumplanung. Im vorliegenden Fall besteht demnach kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, weshalb darauf zu verzichten ist. Der Beschwerdeführer stimmte dieser Beurteilung zu. Die Strassenverbreiterung im Kurvenbereich samt Hangsicherung mit «Terramur» und Leitplanke können demnach belassen werden. Sie sind damit aber nicht «legalisiert»: Sie bleiben unrechtmässig, was bedeutet, dass daran keine Besitzstandsgarantie besteht.

k) Mit der Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen ist eine Frist für deren Umsetzung anzusetzen (vgl. Art. 46 Abs. 2 BauG). Die Entfernung des Asphaltbelags und die Erstellung der Kiesplanie bzw. eines Mergelbelags sind nicht besonders aufwändige Massnahmen. Dafür ist eine Frist bis am 31. August 2022 angemessen. Der Abschluss der Wiederherstellungsarbeiten ist der Bauverwaltung Frutigen zur Kontrolle zu melden. Wird die Wiederherstellung innert der gesetzten Frist nicht oder nicht vorschriftsgemäss ausgeführt, wird die Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen die Wiederherstellungsmassnahmen auf Kosten des Beschwerdegegners selber ausführen oder durch Dritte ausführen lassen (Ersatzvornahme, Art. 47 BauG).

¹⁹ Vgl. Situationsplan vom 27. April 2020; Fotos der Gemeinde mit Messstab

²⁰ Gemessen auf der Karte «Übersicht der LIDAR-Daten und entzerrte Luftbilder», abrufbar im Geoportal des Kantons Bern; vgl. auch Fotos der Gemeinde

l) Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG²¹) verpflichtet die Behörden, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese nötig sind für die Klärung des Sachverhalts. Der Beschwerdegegner beantragte die Durchführung eines Augenscheins. Die BVD ist nicht an die Beweisanträge gebunden. Sie stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 24 VRPG) und kann dazu auch weitere Beweismittel wie beispielsweise Fotos, Luftbilder, Kartenmaterial und anderes heranziehen. Aufgrund der guten fotografischen Dokumentation der Strasse und des Vorplatzes durch die Gemeinde und den Luftbildern war ein Augenschein für die Beurteilung der Beschwerde nicht erforderlich. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.²² Der Beweisantrag wird abgewiesen.

3. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²³). Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird den Anträgen des Beschwerdeführers entsprochen. Demnach unterliegt der Beschwerdegegner und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

b) Dem Beschwerdeführer sind keine ersatzfähigen Parteikosten angefallen (Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Ziffer 2 des Dispositivs des Bauentscheids der Gemeinde Frutigen vom 28. Juni 2021 wird aufgehoben und durch folgende Anordnungen ersetzt:

2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes:

2.1. Der Asphaltbelag auf der Zufahrtsstrasse und auf dem Vorplatz ist vollständig zu entfernen. Davon ausgenommen ist der Belag «BEVAG» bei der Einmündung in die L. _____ strasse gemäss dem am 11. März 2008 bewilligten Plan «Pöschungsprofil Nr. 1».

2.2. Die Zufahrtsstrasse und der Hausvorplatz sind naturnah, mit sickerfähigen, orts- und regionaltypischen Materialien (klein gebrochene Kiesplanie, Mergel) zu erstellen.

2.3. Auf dem Streckenabschnitt unterhalb der Kurve und bis zum «BEVAG»-Belag (Strecke zwischen den Schnitten A-A¹ und C-C¹ auf dem Situationsplan vom 27. April 2020) ist die Zufahrtsstrasse auf die Masse gemäss Baubewilligung vom 11. März 2008 zurückzubauen, das heisst auf maximal 2,6 m Breite. Die Hangsicherung mit Blocksteinen bergseits entlang der Zufahrtsstrasse (ungefähr zwischen den Landeskoordinaten A. _____ und B. _____) kann belassen werden.

2.4. Wiederherstellungsverzicht: Die nordostseitige Strassenverbreiterung im Kurvenbereich vor dem Vorplatz samt Hangsicherung «Terramur» und die Leitplanke können belassen werden.

²¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

²² BVR 2017 S. 255 E. 5.1, 2012 S. 252 E. 3.3.3, je mit Hinweisen

²³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

- 2.5. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes hat bis am 31. August 2022 zu erfolgen. Der Abschluss der Wiederherstellungsarbeiten ist der Bauverwaltung Frutigen zur Kontrolle zu melden.
- 2.6. Wird der Wiederherstellung innert der gesetzten Frist nicht oder nicht vorschriftsgemäss nachgekommen, wird die Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen die Wiederherstellungsmassnahmen auf Kosten des Beschwerdegegners selber ausführen oder durch Dritte ausführen lassen (Ersatzvornahme).
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1200.– werden dem Beschwerdegegner zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Bundesamt für Raumentwicklung (ARE), eingeschrieben
- Herrn D._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen, Bauabteilung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per E-Mail
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, zur Kenntnis, per E-Mail

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. 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.