



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2021/80

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 19. April 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

und

**Baupolizeibehörde der Gemeinde Sumiswald, Gemeindeverwaltung, Lütoldstrasse 3,
3454 Sumiswald**

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Sumiswald vom
24. September 2021 (Siloaufbau)

I. Sachverhalt

1. Nachdem sich ein Nachbar wiederholt bei der Gemeinde Sumiswald über den Betrieb des Beschwerdeführers beklagt hatte, eröffnete die Gemeinde mit Schreiben vom 1. Oktober 2018 ein baupolizeiliches Verfahren. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 teilte der Nachbar mit, er beteilige sich am Baupolizeiverfahren als Partei. Am 23. April 2020 erliess die Gemeinde in dieser Sache eine «Verfügung» mit unter anderem folgendem Inhalt:

- 4.2. Der widerrechtliche Siloaufbau muss bis am 31. Juli 2020 auf die am 29. April 1987 bewilligte Höhe/Volumen zurückgebaut werden oder es wird ein nachträgliches Baugesuch hierfür gemäss Art. 10 ff Baubewilligungsdekret eingereicht. Hierfür kann auch das Baugesuch unter Pkt. 4.1 ergänzt werden.
- 4.4. Werden die Anordnungen, die Auflagen und die Bedingungen unter Punkt 4.1 - 4.3 bis zur der festgesetzten Frist nicht erbracht, werden gemäss Art. 45 Abs. 2 Bst. b, 46 Abs. 2 und 47 Baugesetz, eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes mit Kostenfolge verfügt.
- 4.6 Rechtsmittelbelehrung
Die Baupolizeilicheverfügung kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung mit Beschwerde bei der Bau-, Verkehrsdirektion (BVD) des Kantons Bern (...) angefochten werden (Art. 49 BauG).

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde des Beschwerdeführers trat die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) mit Entscheid BVD 120/2020/19 vom 8. Dezember 2020 hinsichtlich Ziff. 4.2 nicht ein. Dies mit der Begründung, dass es sich aufgrund von Ziff. 4.4 und des fehlenden nicht wieder gutzumachenden Nachteils um eine nicht selbständig anfechtbare Zwischenverfügung handle.

2. Am 11. März 2021 erliess die Gemeinde eine «verfahrensleitende Verfügung» in dieser Sache mit unter anderem folgendem Inhalt:

- 3.2. Der Siloaufbau ist durch den Verfügungsadressaten innert vier Monaten ab Rechtskraft dieser Zwischenverfügung auf die am 29. April 1987 bewilligte Höhe/Volumen zurückzubauen. Anstelle der Vornahme des Rückbaus kann der Verfügungsadressat (Angezeigte) für das tatsächlich gebaute Bauvorhaben auch ein nachträgliches Baugesuch innert 30 Tagen ab Erhalt dieser Zwischenverfügung einreichen. Dieses hat die Anforderungen gemäss Art. 10 BewD zu erfüllen. Wird der Siloaufbau nicht innert Frist zurückgebaut und wird in der Sache kein nachträgliches Baugesuch eingereicht, so wird die Gemeinde auf Kosten des Angezeigten den Rückbau sechs Monate nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung ersatzvornahmeweise selber oder von Dritten vornehmen lassen.
- 3.4. Wird den Anordnungen, den Auflagen und den Bedingungen unter Punkt 3.1 - 3.3 bis zu den festgesetzten Fristen nicht nachgekommen, wird die Bauverwaltung über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mit Kostenfolge entscheiden, respektive die Ersatzvornahme nach Ziffer 3.2 anordnen.
- 3.6 Rechtsmittelbelehrung
Gegen diese Zwischenverfügung können die Betroffenen, denen daraus ein nicht wiedergutzumachender Nachteil erwächst, innert 30 Tagen nach Erhalt Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (...) einreichen. Eine Beschwerde kann auch dann geführt werden, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (...).

Gegen diese Verfügung wurde keine Beschwerde erhoben.

3. Am 24. September 2021 erliess die Gemeinde eine weitere «verfahrensleitende Verfügung» in dieser Sache mit unter anderem folgendem Inhalt:

- 3.2. Der Siloaufbau wird durch die Gemeinde nach Art. 47 Abs. 1 BauG auf Kosten des Verfügungsadressaten durch Dritte vorgenommen. Der Rückbau wird am 31. Mai 2022 vorgenommen. Der Angezeigte wird über die genaue Ausführung noch informiert. Falls notwendig, wird sich die Gemeinde mit Polizeigewalt Zugang verschaffen (Art. 45 Abs. 3 BauG). Die Kostenverfügung für die Vornahme der Ersatzvornahme erfolgt nach Abschluss der Rückbauarbeiten.
- 3.5 Rechtsmittelbelehrung
Soweit es sich hierbei um eine Verfügung handelt (Ziffer 3.2), kann der Verfügungsadressat gegen diese Verfügung innert 30 Tagen nach Erhalt Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (...) einreichen. (...)

Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 25. Oktober 2021 Beschwerde bei der BVD ein. Er beantragt die Aufhebung von Ziff. 3.2 der Verfügung vom 24. September 2021. Eventualiter sei die Sache zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Dabei gab es auch dem Nachbarn Gelegenheit, sich am Verfahren als Partei zu beteiligen. Die Gemeinde Sumiswald beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 18. November 2021, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Der Nachbar teilte mit Schreiben vom 19. November 2021 mit, er verzichtet auf eine Beteiligung am Beschwerdeverfahren.

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

II. Erwägungen

1. Eintreten

Angefochten ist eine Verfügung in einem baupolizeilichen Verfahren. Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² 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.

2. Wiederherstellungsverfügung

a) Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde, die erste gültige Wiederherstellungsverfügung in Sachen Siloaufbau stamme vom 24. September 2021 und sei damit über zehn Jahre nach dem Umbau des Silos erlassen worden. Damit sei die Fünfjahresfrist von Art. 46 BauG nicht eingehalten. Zudem sei der Umfang des angedrohten Rückbaus nicht klar definiert. In seiner Stellungnahme vom 10. März 2022 macht der Beschwerdeführer zudem geltend, die Art und Weise des Vorgehens der Gemeinde sei chaotisch. Sie erlasse dauernd Zwischenverfügungen, welche nicht anfechtbar seien, vermische diverse Sachverhalte beziehungsweise Baubewilligungen und erlasse widersprüchliche und völlig unklare Weisungen. Dieses Verhalten sei nicht zu schützen.

b) Die Gemeinde Sumiswald stellt sich in ihrer Stellungnahme vom 18. November 2021 auf den Standpunkt, gegen ihre Sachverfügung vom 11. März 2021 betreffend Siloaufbau habe der Beschwerdeführer kein Rechtsmittel erhoben, womit die Anordnung vom 11. März 2021 betreffend Siloaufbau rechtskräftig geworden sei. Mit Verfügung vom 24. September 2021 sei nun aufgrund der in dieser Sache rechtskräftigen Sachverfügung die Vollstreckungsverfügung erlassen worden. Streitgegenstand sei also eine Vollstreckungsmassnahme im Sinne von Art. 114 VRPG³. Gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung im Kanton Bern werde der Streitgegenstand im Rechtsmittelverfahren durch die Vollstreckungsverfügung beschränkt. Angefochten werden könne nur noch das Wann und Wie der Vollstreckung. Ausgeschlossen seien materiell-rechtliche Einwände gegen die Sachverfügung, die Sache sei rechtskräftig beurteilt. In seiner Beschwerde mache der Beschwerdeführer nun geltend, der Umfang des Rückbaus sei nicht klar, weiter gebe es gute Argumente, die gegen den Rückbau des Silos sprächen. In der Sache mache der

¹ 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)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

Beschwerdeführer also geltend, der eigentliche Sachentscheid sei unrechtmässig. Solche Rügen könnten gegen die Vollstreckungsverfügung nicht mehr vorgebracht werden, solche Vorbringen hätten gegen die Verfügung vom 11. März 2021 vorgebracht werden müssen. Daher könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

c) Verfügungen, Beschwerdeentscheide und Urteile sind vollstreckbar, wenn sie keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr unterliegen oder wenn einem solchen die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist oder von Gesetzes wegen fehlt (Art. 114 VRPG). Die Behörde setzt den Pflichtigen eine angemessene Frist zur Erfüllung und droht ihnen für den Versäumnisfall die Zwangsvollstreckung an, wenn dies nicht bereits geschehen ist. Zusammen mit der Androhung der Zwangsvollstreckung oder spätestens nach unbenütztem Ablauf der zur Erfüllung gesetzten Frist verfügt die Behörde, wann und wie die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird (Vollstreckungsverfügung). Die Vollstreckungsverfügung unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Verfügung oder das Urteil in der Sache (Art. 116 VRPG). Verpflichtet die Verfügung, der Beschwerdeentscheid oder das Urteil zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, so erfolgt die Zwangsvollstreckung durch kostenpflichtige Ersatzvornahme oder amtlichen Zwang, notfalls mit Hilfe der Polizei (Art. 117 Abs. 2 VRPG).

Die entsprechenden Bestimmungen im Baugesetz lauten wie folgt: Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, setzt die Baupolizeibehörde dem jeweiligen Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 2 BauG). Rechtskräftig verfügte Massnahmen, die der Pflichtige innerhalb der angesetzten Frist nicht oder nicht vorschriftsgemäss ausführt, lässt die Baupolizeibehörde auf seine Kosten durch Dritte vornehmen (Art. 47 Abs. 1 BauG).

Nach Art. 116 und 117 VRPG braucht es zur Vollstreckung rechtskräftiger Verfügungen und Entscheide somit drei Schritte: Erstens eine Sachverfügung (im Baugesetz: Wiederherstellungsverfügung) mit Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und Androhung der Ersatzvornahme (Art. 116 Abs. 1 VRPG, Art. 46 Abs. 2 BauG); zweitens eine Vollstreckungsverfügung (im Baugesetz: Ersatzvornahmeverfügung) mit den Angaben, wann und wie die Zwangsvollstreckung (Ersatzvornahme) durchgeführt wird (Art. 116 Abs. 2 VRPG, Art. 47 Abs. 1 BauG); drittens die faktische Durchführung der Ersatzvornahme, notfalls mit Hilfe der Polizei (Art. 117 Abs. 2 VRPG). Nach Art. 116 Abs. 2 VRPG kann die Vollstreckungsverfügung bereits in die Sachverfügung integriert werden (kombinierte Wiederherstellungs- und Vollstreckungsverfügung). Dies geschieht gewöhnlich dadurch, dass mit der Androhung der Ersatzvornahme in der Wiederherstellungsverfügung auch die Vollstreckungsmodalitäten (das Wann [nach unbenütztem Ablauf der gesetzten Frist] und das Wie [die im Entscheid genannten Massnahmen]) weitgehend festgelegt werden. Ist dies der Fall, bildet die nach unbenütztem Ablauf der Wiederherstellungsfrist ergehende Mitteilung an den oder die Pflichtigen, wann genau, allenfalls mit welchen Mitteln, zur Ersatzvornahme geschritten werde, keine anfechtbare Verfügung mehr, sofern sie sich im Rahmen der vorausgegangenen Androhung bewegt. Mit Beschwerde könnte höchstens noch geltend gemacht werden, es fehle an einer vollstreckbaren Wiederherstellungsverfügung oder diese sei nichtig. Während die Ersatzvornahmeverfügung den frühest möglichen Zeitpunkt der Ersatzvornahme nennt (nämlich nach Ablauf der angesetzten Frist zur Wiederherstellung), hat vor der Durchführung der Ersatzvornahme eine Mitteilung an die betroffenen Personen zu erfolgen, damit diese anwesend sein können. Gleichzeitig sind allenfalls weitere Modalitäten der Durchführung festzulegen.⁴

⁴ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 47 N. 4 ff.

d) Als Anordnung einer Verfügung gelten jene Äusserungen einer Behörde, welche rechtswirksam werden und in Rechtskraft erwachsen können. Dies ist für die im Dispositiv (Verfügungsformel) festgehaltenen Berechtigungen oder Verpflichtungen des Verfügungsadressaten der Fall. Bleiben Zweifel über Inhalt oder Tragweite der verfügten Rechte oder Pflichten, muss die Auslegung des Dispositivs weiterhelfen. Hierzu sind zuallererst die Begründung und die Gesamtumstände heranzuziehen. Und schliesslich ist auch zu berücksichtigen, wie die Adressatinnen und Adressaten die Verfügung in guten Treuen verstehen durften und mussten.⁵

e) In Ziff. 4.2 der Verfügung vom 23. April 2020 wurde ein Rückbau des Siloaufbaus in den bewilligten Zustand gefordert und gleichzeitig die Gelegenheit gegeben, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen; für beides wurde eine Frist angesetzt. Dabei hätte es sich grundsätzlich um eine Anordnung betreffend die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BauG handeln können. In Ziff. 4.4 der Verfügung wurde jedoch die Verfügung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands für den Fall der Nichtbefolgung von Ziff. 4.2 innert der festgesetzten Frist gestützt auf Art. 45 Abs. 2 Bst. b, Art. 46 Abs. 2 und Art. 47 BauG erst in Aussicht gestellt. Deshalb handelte es sich bei Ziff. 4.2 der Verfügung vom 23. April 2020 in der Sache noch nicht um eine Wiederherstellungsverfügung im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BauG, sondern lediglich um eine Zwischenverfügung.⁶ Ziff. 4.2 enthielt denn auch noch keine Androhung der Ersatzvornahme. Insofern unvollständig war dafür die normale Rechtsmittelbelehrung für eine Endverfügung in der Verfügung vom 23. April 2020. Da es sich bei dieser Verfügung lediglich um eine Zwischenverfügung handelte, fehlte der Hinweis auf die Anfechtungsvoraussetzungen für Zwischenverfügungen gemäss Art. 61 Abs. 3 VRPG. Und auch aus dem Titel «Verfügung» konnte nicht geschlossen werden, dass es sich in der Sache lediglich um eine Zwischenverfügung handelte.

f) In Ziff. 3.2 der Verfügung vom 11. März 2021 wurde ein Rückbau des Siloaufbaus in den bewilligten Zustand angeordnet, gleichzeitig die Gelegenheit gegeben, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, und schliesslich die Ersatzvornahme angedroht. Für alle drei Verfügungsinhalte wurde je eine Frist angesetzt. Zwar wurde in Ziff. 3.4 der Verfügung vom 11. März 2021 zunächst wiederum verfügt, dass für den Fall, dass den Anordnungen, den Auflagen und den Bedingungen unter Punkt 3.1 - 3.3 bis zur den festgesetzten Fristen nicht nachgekommen wird, die Bauverwaltung über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mit Kostenfolge entscheiden wird. Für Ziff. 3.2 wurde jedoch daran anschliessend präzisiert, dass in diesem Fall die Ersatzvornahme nach Ziff. 3.2 angeordnet wird. Im Unterschied zu Ziff. 4.2 der Verfügung vom 23. April 2020 handelte es sich bei Ziff. 3.2 der Verfügung vom 11. März 2021 somit in der Sache um eine Anordnung betreffend die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BauG und damit um eine Endverfügung.

Mit der Anordnung, wonach nach unbenutztem Ablauf der Wiederherstellungsfrist der Siloaufbau sechs Monate nach Rechtskraft der Verfügung ersatzvornahmeweise auf den bewilligten Zustand zurückgebaut werde, wurden zusammen mit der Androhung der Ersatzvornahme auch die Vollstreckungsmodalitäten weitgehend festgelegt. Damit enthielt die Ziff. 3.2 neben der Wiederherstellungsverfügung (Sachverfügung) wohl zugleich die Ersatzvornahmeverfügung (Vollstreckungsverfügung).

Diesem sachlichen Inhalt folgend ging und geht die Gemeinde davon aus, dass es sich bei der Verfügung vom 11. März 2021 betreffend Rückbau des Siloaufbaus um eine

⁵ Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 8 und Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 10

⁶ Entscheid BVD 120/2020/19 vom 8. Dezember 2020 E. 3.a

Wiederherstellungsverfügung gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG gehandelt hat. Daran anknüpfend hat sie am 24. September 2021 eine Ersatzvornahmeverfügung erlassen, wobei es sich dabei in der Sache möglicherweise nur noch um die Mitteilung an den Beschwerdeführer gehandelt hat, wann genau zur Ersatzvornahme geschritten werde. Dies für den Fall, dass die Verfügung vom 11. März 2021 auch schon die Ersatzvornahmeverfügung enthalten hat, was an dieser Stelle offen bleiben kann.

g) In Widerspruch zum Umstand, dass es sich bei Ziff. 3.2 der Verfügung vom 11. März 2021 in der Sache um eine Endverfügung handelte, trug die Verfügung vom 11. März 2021 aber den Titel «verfahrensleitende Verfügung». Zudem enthielt sie eine Rechtsmittelbelehrung für eine Zwischenverfügung. Beides war zwar in Bezug auf gewisse Verfügungsinhalte richtig, nicht aber in Bezug auf die Ziff. 3.2 betreffend Rückbau des Siloaufbaus.

Zudem hat die Gemeinde ihre Verfügung vom 11. März 2021 wie folgt begründet: «Mit Rechtskraft des Entscheides vom 8. Dezember 2020 sind die Ziff. 4.1, 4.2, 4.3 und 4.4 der Verfügung vom 23. April 2020 rechtskräftig geworden. (...) Gegenstand der Ziff. 4.1, 4.2, 4.3 und 4.4 der Verfügung vom 23. April 2020 waren v.a. formelle Festhaltungen, wonach der Angezeigte Gelegenheit erhalten hat, (...) den widerrechtlich erstellten Siloaufbau zurückzubauen oder diesbezüglich ein nachträgliches Baugesuch einzureichen (...) und schliesslich wurde festgehalten, dass im Unterlassungsfall die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mit Kostenfolge verfügt werde. Sinn und Zweck der behördlichen Anordnungen nach Ziff. 4.1, 4.2, 4.3 und 4.4 war es, den Verfügungsadressaten und Angezeigten Gelegenheit einzuräumen, die ihm von Gesetzes wegen (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG) zustehenden Möglichkeiten (namentlich, ein bereits eingereichtes Baugesuch zu ergänzen sowie ein nachträgliches Baugesuch einzureichen), zu nutzen. Erst nachdem klar gewesen wäre, von welchen Möglichkeiten der Angezeigte Gebrauch macht, wäre die Sache entscheidreif gewesen. D.h., entweder hätte die Baupolizeibehörde im Rahmen eines baupolizeilichen Verfahrens über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes oder die Baubewilligungsbehörde hätte im Rahmen eines (nachträglichen) Baubewilligungsverfahrens über die Bewilligungsfähigkeit und gegebenenfalls über allfällige Wiederherstellungsmassnahmen entschieden. Aufgrund des Verwaltungsjustizverfahrens (Beschwerdeverfahren) sind die in Ziff. 4.1, 4.2 und 4.3 angesetzten Fristen nun aber ungenutzt verstrichen. Die zu klärenden und entscheidrelevanten Fragen sind folglich weiterhin unbeantwortet und es wäre prozessual und im Sinne des Verbots zur Formstrenge rechtlich unzulässig, dieses Verstreichen – aufgrund eines Rechtsmittelverfahrens – als sinngemässen Verzicht auf Ergänzung des Baugesuchs und/oder auf Einreichung eines nachträglichen Baugesuch zu interpretieren. Vielmehr erscheint es im Lichte der Prozessökonomie geboten, dem Verfügungsadressaten und Anzeiger nochmals eine Nachfrist zur Vervollständigung der bereits vorhandenen Gesuchsunterlagen, eine Nachfrist zur Vornahme des Rückbaus des Silos und eine Nachfrist zur Erklärung, ob der Siloaufbau und/oder der Ziegenauslauf im Rahmen eines formellen Baubewilligungsverfahrens auf ihre Baubewilligungsfähigkeit hin überprüft werden solle, gewährt wird. Bei dieser Ausgangs- und Rechtslage werden dem Angezeigten folgende Nachfristen gewährt: (...) Der Siloaufbau im Umfang des bewilligten Zustandes anno 1987 zurückzubauen oder hierfür ein nachträgliches Baugesuch einzureichen (...)».

Diese Begründung deutete darauf hin, dass die Gemeinde mit Verfügung vom 11. März 2021 lediglich die aufgrund des Rechtsmittelverfahrens gegen die Verfügung vom 23. April 2020 abgelaufenen Fristen aus jener Verfügung noch einmal neu ansetzen wollte, ohne dabei inhaltlich etwas Anderes verfügen zu wollen. Da es bei Ziff. 4.2 der Verfügung vom 23. April 2020 in der Sache noch nicht um eine Wiederherstellungsverfügung im Sinne von Art. 46 Abs. 2 BauG, sondern lediglich um eine Zwischenverfügung gehandelt hat, deutete folglich die Begründung der Verfügung vom 11. März 2021 darauf hin, dass es sich auch bei Ziff. 3.2 der Verfügung vom 11. März 2021 betreffend Rückbau des Siloaufbaus noch nicht um eine Endverfügung, sondern

bloss um eine Zwischenverfügung handeln sollte, was auch mit dem Titel und der Rechtsmittelbelehrung der Verfügung übereinstimmt.

h) Somit ergab sich aus der Verfügung vom 11. März 2021 nicht eindeutig, ob es sich bei deren Ziff. 3.2 betreffend Rückbau des Siloaufbaus um eine Zwischenverfügung oder eine Endverfügung handelte. Unter Beachtung des Umstands, dass der Beschwerdeführer bereits damals anwaltlich vertreten war (die Verfügung wurde dementsprechend nicht dem Beschwerdeführer persönlich, sondern dessen Anwalt eröffnet), hätte man vom Anwalt ohne Berücksichtigung der Vorgeschichte möglicherweise erwarten können, dass er die Ziff. 3.2 der Verfügung vom 11. März 2021 vorsorglich anfecht, sofern der Beschwerdeführer damit nicht einverstanden war.

Hier ist aber die Vorgeschichte zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer hatte bereits die Verfügung vom 23. April 2020 angefochten. Auf diese Beschwerde wurde von der BVD mangels Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung nicht eingetreten. Dabei trug die Gemeinde Sumiswald bereits damals mit ihrem unklaren Verfügungsinhalt und der unvollständigen Rechtsmittelbelehrung eine Mitverantwortung für das unnötige Beschwerdeverfahren bzw. dessen Ausgang; dennoch musste der Beschwerdeführer einen Teil der Verfahrens- und Parteikosten tragen.⁷ Bei dieser Vorgeschichte durfte der Beschwerdeführer von der Gemeinde ganz besonders erwarten, was ohnehin gilt, nämlich dass sie die weiteren Schritte in diesem Verfahren klar und unmissverständlich verfügt. Ein weiteres vorsorgliches Anfechten von unklaren Verfügungen konnte von ihm nicht zuletzt angesichts des damit verbundenen Kostenrisikos klarerweise nicht mehr erwartet werden. Der Beschwerdeführer als Adressat der Verfügung vom 11. März 2021 musste deren Ziff. 3.2 unter Berücksichtigung der gesamten Umstände in guten Treuen folglich nicht als verfahrensabschliessende Wiederherstellungsverfügung betreffend Rückbau des Siloaufbaus verstehen.

Letztlich hat es sich somit auch bei Ziff. 3.2 der Verfügung vom 11. März 2021 noch nicht um eine Wiederherstellungsverfügung gehandelt. Der angefochtenen Verfügung vom 24. September 2021 ist damit betreffend Rückbau des Siloaufbaus die Grundlage entzogen – fehlt es an einer vollstreckbaren Wiederherstellungsverfügung, fehlt es an der Voraussetzung für den Erlass einer Vollstreckungsverfügung beziehungsweise für die Mitteilung, wann genau zur Ersatzvornahme geschritten wird. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Ziff. 3.2 der Verfügung vom 24. September 2021 ist aufzuheben.

i) Will die Gemeinde den ohne Baubewilligung realisierten Siloaufbau wiederherstellen lassen, muss sie zunächst eine klare und unmissverständliche Wiederherstellungsverfügung erlassen. Dabei muss die Gemeinde auch Art. 46 Abs. 3 BauG eingehend prüfen. Demnach kann nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern. Der Siloaufbau scheint ungefähr im Jahr 2010 realisiert worden zu sein. Soweit ersichtlich, verlangte die Gemeinde vom Beschwerdeführer erstmals mit Schreiben vom 26. Februar 2019 den Rückbau des Silos. Unter diesen Umständen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass hier keine Wiederherstellung mehr verlangt werden kann. Sollte die Wiederherstellung noch verlangt werden können, müsste die Gemeinde in der Wiederherstellungsverfügung die Wiederherstellungsmassnahme genau umschreiben. Wie ein zu grosses Silo auf das bewilligte Mass zurückgebaut werden soll, liegt nicht auf der Hand und müsste genauer definiert werden. Alternativ bestünde die Möglichkeit, nicht den Rückbau auf das bewilligte Mass, sondern die Entfernung des zu grossen Silos zu verlangen.

⁷ Entscheid BVD 120/2020/19 vom 8. Dezember 2020 E. 7.a

3. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.– bis CHF 4000.– erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV⁸). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschale auf CHF 1000.– festgelegt.

Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als obsiegende und die Gemeinde als unterliegende Partei. Die Verfahrenskosten werden 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 (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Behörden im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die Gemeinde ist nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen, womit ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können. Die Verfahrenskosten trägt daher der Kanton.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Der obsiegende Beschwerdeführer hat somit Anspruch auf Ersatz seiner Parteikosten. Diese sind von der Gemeinde Sumiswald zu tragen.

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Anwalts des Beschwerdeführers beläuft sich auf CHF 2300.20 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Ziff. 3.2 der Verfügung der Gemeinde Sumiswald vom 24. September 2021 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Gemeinde Sumiswald hat dem Beschwerdeführer die Parteikosten im Betrag von CHF 2300.20 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Sumiswald, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Emmental, zur Kenntnis, per Mail
- Amt für Umwelt und Energie, Abteilung Immissionsschutz, zur Kenntnis, per Mail

⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

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 drei 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.