



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2022/18

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 27. Mai 2022

in der Beschwerdesache zwischen

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

und

Herrn **D.** _____
Beschwerdegegner 1

Frau **E.** _____
Beschwerdegegnerin 2

sowie

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Diemtigen vom 4. März 2022
(Verzicht auf das Entfernen des eingebrachten Asphaltgranulats)

I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Diemtigen stellte fest, dass die Beschwerdegegnerschaft den Zufahrtsweg zu ihrer Sennhütte A. _____ auf der Parzelle Diemtigen Grundbuchblatt Nr. H. _____ ausgebaut und mit Asphaltgranulat (sog. Fräsgut) bestückt hat. Diese Parzelle im Eigentum der Beschwerdegegnerschaft befindet sich in der Landwirtschaftszone. Anlässlich einer Begehung im Oktober 2016 erstellte die Gemeinde eine Fotodokumentation.¹ Nachdem die Gemeinde der Beschwerdegegnerschaft mit Schreiben vom 28. Februar 2018 das rechtliche Gehör gewährte und von der Beschwerdegegnerschaft keine schriftliche Stellungnahme einging, verfügte sie mit Wiederherstellungsverfügung vom 8. April 2019 Folgendes:

«1. Der Ausbau des Fuss-/Karrweges auf der Parzelle-Nr H. _____ ist bis zum 30. September 2019 vollständig wiederherzustellen. Sämtliches Material ist zurückzubauen und einem bewilligten Entsorgungsbetrieb (www.abfall.ch) abzugeben.

¹ Vorakten Gemeinde, pag. 3 f.

2. Nach erfolgtem Rückbau ist der Bauverwaltung der Entsorgungsnachweis vorzulegen.
3. [Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs]
4. [Androhung Busse]
5. [Androhung Ersatzvornahme]
6. [Kosten]
7. [Rechtsmittelbelehrung]»

Die gegen diese Wiederherstellungsverfügung von der Beschwerdegegnerschaft erhobene Beschwerde wies die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE, seit 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern, BVD) mit Entscheid vom 26. Juni 2019 ab, soweit sie darauf eintrat, und bestätigte die angefochtene Verfügung (BVE 120/2019/38). Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

2. Anlässlich eines Schaltergesprächs mit der Beschwerdegegnerin 2 gewährte die Gemeinde der Beschwerdegegnerschaft mündlich eine Fristverlängerung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bis 31. Oktober 2019. An einer Besprechung vom 8. Oktober 2019 wurde der Einbau eines Deckbelags über das Fräsgut als alternative Lösung zum Ausbau des unbewilligten Materials in Betracht gezogen. Am 19. August 2020 reichte die Beschwerdegegnerschaft das von der Gemeinde vorbereitete Baugesuch für einen Deckbelageseinbau auf dem Weg auf Parzelle Diemtigen Grundbuchblatt Nr. H. _____ ein. Formelle Mängel dieses Baugesuchs wurden trotz schriftlicher Aufforderung nicht behoben.

Nach weiteren Abklärungen (u.a. mit dem Amt für Gemeinden und Raumordnung AGR) und Gewährung des rechtlichen Gehörs mit Schreiben vom 17. Dezember 2021 erliess die Gemeinde am 4. März 2022 die folgende Verfügung:

- «3.1 Die Wiederherstellungsverfügung vom 8. April 2019 wird aufgehoben.
- 3.2 Das Baubewilligungsverfahren für den Einbau des Deckbelages, welches aufgrund fehlender Unterlagen seitens der Bauherrschaft seit über zwei Jahren hängig ist, wird aufgrund der Baubewilligungsunfähigkeit vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.
- 3.3 Die Einwohnergemeinde Diemtigen verzichtet auf die Wiederherstellung der ohne Baubewilligung ausgeführten Umgebungsgestaltung um die Alphütte A. _____ sowie auch auf den Ausbau des illegal eingebauten Fräsguts.
- 3.4 [Androhung Busse]
- 3.5 [Einräumung der Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs]
- 3.6 [Kosten]
- 3.7 [Eröffnung Bauherrschaft]
- 3.8 [Eröffnung AGR und Regierungsstatthalteramt]
- 3.9 [Rechtsmittelbelehrung]»

Zur Begründung führte die Gemeinde aus, sie halte eine Wiederherstellung zum jetzigen Zeitpunkt als nicht mehr verhältnismässig. Zudem wäre dies aufgrund der inkonsequenten Haltung der Baupolizeibehörde in den vergangenen Jahren gegenüber der Beschwerdegegnerschaft nicht fair. Das Baupolizeiverfahren sei sehr zögerlich angegangen worden und selbst die Umsetzung der rechtskräftigen Wiederherstellungsverfügung sei immer wieder aufgeschoben worden. Mit der Wiederherstellungsmassnahme müsste der bestehende, bereits deutlich eingewachsene Weg wieder aufgerissen werden. Dieser Eingriff würde insgesamt mehr Schaden als Nutzen im Landschaftsbild wie auch der angrenzenden Vegetation anrichten. Der Einbau des Deckbelags sei vom AGR als nicht bewilligungsfähig beurteilt worden. Aus diesem Grund mache es keinen Sinn, das eingereichte Baugesuch zu vervollständigen und das Verfahren weiterzuführen. Daher werde das hängige Baubewilligungsverfahren kostenlos abgeschrieben.

3. Gegen diese Verfügung vom 4. März 2022 reichte das Bundesamt für Raumentwicklung ARE als Beschwerdeführer am 4. April 2022 Beschwerde bei der BVD ein. Es stellt die folgenden Anträge:

- «1. Es sei festzustellen, dass die angefochtene Verfügung des Gemeinderats von Diemtigen vom 4. März 2022 nichtig ist. Allenfalls sei sie aufzuheben.
2. Es sei anzuordnen, dass die bereits rechtskräftig verfügte Beseitigung des illegal vorgenommenen Ausbaus des Fuss- und Karrwegs durch Einbringen eines Asphaltgranulats auf den Parzellen-Nrn. B._____/ C._____/ F._____/ G._____ ohne Verzug bis spätestens Ende September 2022 vollzogen wird.»

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Eingabe vom 19. April 2022 nahm die Gemeinde Stellung und verwies darin grundsätzlich auf die angefochtene Verfügung und die darin erwähnten Argumente. Gleichzeitig wies sie darauf hin, dass sich der betroffene Weg entgegen der Aussage in der Beschwerde nicht auf den Parzellen Nrn. G._____, B._____, C._____ und F._____ befinde, sondern auf der Parzelle Nr. H._____. Die Beschwerdegegnerschaft führte in der Stellungnahme vom 2. Mai 2022 aus, sie hätten sich entschieden eine Wiederherstellung vorzunehmen. Es werde somit kein Fuss-/ Karrweg und Strassenweg mehr ersichtlich sein sondern nur noch Weideland. Der Weg werde auf den Parzellen Nrn. B._____, C._____, F._____, G._____ und H._____ entfernt. Somit sei kein illegaler Weg mehr in ihrem Eigentum.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG³ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 111 Abs. 2 BGG⁴ i.V.m. Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG und Art. 48 Abs. 4 RPV⁵ zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2. Anfechtungsobjekt / Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt

² 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).

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

⁴ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

⁵ Raumplanungsverordnung des Bundesrates vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁶

b) Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde vom 4. März 2022 mit Verzicht auf die Wiederherstellung hinsichtlich des Ausbaus des Fuss-/Karrweges auf Parzelle Diemtigen Grundbuchblatt Nr. H._____. Diese Verfügung und der darin enthaltene Wiederherstellungsverzicht beziehen sich einzig auf die Parzelle Diemtigen Grundbuchblatt Nr. H._____. Nicht Gegenstand dieser Verfügung sind dagegen die Parzellen Diemtigen Grundbuchblatt Nrn. K._____, hinsichtlich welcher ebenfalls eine von der BVE mit Entscheid vom 26. Juni 2019 (BVE 120/2019/37) rechtskräftig bestätigte Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde erging. Soweit sich der Beschwerdeführer daher in seiner Beschwerde (wohl versehentlich) auf diese Parzellen bezog (Rechtsbegehren 2), so kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Das Rechtsbegehren 1 bezieht sich jedoch ausdrücklich auf die Verfügung vom 4. März 2022 (welche einzig hinsichtlich der Parzelle Diemtigen Grundbuchblatt Nr. H._____ erging), weshalb diesbezüglich auf die Beschwerde eingetreten werden kann, auch wenn der Beschwerdeführer eingangs des Sachverhalts (Rz. 3 der Beschwerde) wiederum die nicht vom Streitgegenstand umfassten Parzellen Diemtigen Grundbuchblatt Nrn. K._____ erwähnt.

c) Was den auf dem Fuss-/Karrweg auf den Parzellen Diemtigen Grundbuchblatt Nrn. K._____ unrechtmässig eingebauten Asphaltgranulat anbelangt, so hat die von der Gemeinde am 8. April verfügte und von der BVE mit Entscheid vom 26. Juni 2019 (BVE 120/2019/37) rechtskräftig bestätigte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unverändert Bestand. Sollte diese bis 30. September 2019 verfügte Wiederherstellung bis anhin nicht erfolgt sein, so wird die Gemeinde angehalten, diese unverzüglich durchzusetzen bzw. mittels Ersatzvornahme vorzunehmen. Sollte die Gemeinde ihren baupolizeilichen Pflichten nicht nachkommen, so wird das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental als zuständige Aufsichtsbehörde aufgefordert, aufsichtsrechtlich zu intervenieren bzw. an Stelle der Gemeinde die erforderlichen Massnahmen zu treffen (Art. 48 BauG). Aus diesem Grund wird der vorliegende Entscheid auch dem Regierungsstatthalteramt zur Kenntnisnahme zugestellt.

3. Wiederherstellungsverzicht hinsichtlich des Fuss-/Karrwegs auf Parzelle Diemtigen Grundbuchblatt Nr. H._____

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, mit der angefochtenen Verfügung erkläre die Gemeinde den Verzicht auf diejenige Wiederherstellungsmassnahme, welche die BVE mit Entscheid vom 26. Juni 2019 rechtskräftig bestätigt habe. Für eine Wiedererwägung des rechtskräftigen Entscheids der BVE sei die Gemeinde jedoch offensichtlich nicht zuständig. Der Mangel der angefochtenen Verfügung wiege schwer, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass das Asphaltgranulat giftige Komponenten enthalte. Gerade im Gebiet ausserhalb der Bauzonen wäre es fatal, wenn diejenigen, die ohne oder in Missachtung einer gültigen Baubewilligung bauen, besser gestellt würden als jene, welche die vorgenommenen Vorschriften und Verfahren respektieren. Die angefochtene Verfügung sei daher als nichtig einzustufen. Sollte die BVD wider Erwarten zum Ergebnis kommen, dass die angefochtene Verfügung nicht nichtig sei, so müsse die Verfügung jedenfalls so aufgehoben werden, dass der umgehende Vollzug der bereits vor beinahe drei Jahren rechtskräftig verfügten Massnahme nicht weiter hinausgezögert werde.

⁶ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 bis 14.

b) Auf eine durch eine Beschwerdeinstanz angeordnete bzw. sanktionierte Wiederherstellung darf eine untere Instanz grundsätzlich nicht zurückkommen; sie darf auch nicht die Wiederherstellungsfrist verlängern. Die Baupolizeibehörde ist (vorbehältlich veränderter Sach- oder Rechtslage) verpflichtet, eine rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung ohne Verzug durchzusetzen. Werden keine dringenden öffentlichen Interessen und keine Interessen Dritter beeinträchtigt, so darf sie höchstens kurze Zeit mit der Ersatzvornahme zuwarten, um den Pflichtigen Gelegenheit zu geben, den rechtmässigen Zustand doch noch selber herzustellen.⁷

c) Mit Entscheid vom 26. Juni 2019 (BVE 120/2019/38) hat die BVE die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde vom 8. April 2019 unter Abweisung der Beschwerde der Beschwerdegegnerschaft rechtskräftig bestätigt. Die Gemeinde ordnete in dieser Verfügung die vollständige Wiederherstellung des Ausbaus des Fuss-/Karrwegs auf Parzelle Diemtigen Grundbuchblatt Nr. H._____ durch Rückbau und fachgerechter Entsorgung sämtlichen Materials an. Auf diese von der BVD als Beschwerdeinstanz rechtskräftig bestätigte Wiederherstellung durfte die Gemeinde nicht zurückkommen. Eine veränderte Sach- oder Rechtslage liegt offensichtlich nicht vor und lässt sich insbesondere nicht darin erblicken, dass die Gemeinde ihren baupolizeilichen Pflichten aufgrund ihrer «inkonsequenten Haltung» bzw. dem «zögerlichen» Vorgehen nicht nachgekommen ist. Die Gemeinde muss daher die rechtskräftige Wiederherstellungsverfügung ohne Verzug durchsetzen, sollte die Beschwerdegegnerschaft ihrer Absicht, die Wiederherstellung vorzunehmen (vgl. Stellungnahme vom 2. Mai 2022), noch nicht nachgekommen sein. Auch diesbezüglich ist das Regierungsstatthalteramt gehalten, aufsichtsrechtlich zu intervenieren, sollte die Gemeinde ihre Pflichten vernachlässigen.

Auf eine neue Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, wie dies der Beschwerdeführer verlangt (Rz. 12 der Beschwerde), ist zu verzichten, da die rechtskräftige Verfügung vom 8. April 2019 unverändert Geltung hat. Da die darin verfügte Wiederherstellungsfrist schon lange abgelaufen ist, hat die Gemeinde – wie oben ausgeführt – die Wiederherstellung unverzüglich durchzusetzen.

d) Damit ist die Verfügung der Gemeinde vom 4. März 2022 in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Ob gar von der Nichtigkeit der Verfügung ausgegangen werden muss, wie dies der Beschwerdeführer der Ansicht ist, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

4. Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde

a) Der Beschwerdeführer bringt vor, einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid der BVD sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die inkonsequente Haltung der Baupolizeibehörde dürfe nicht dazu führen, dass eine rechtskräftig verfügte, von den Fachbehörden ausdrücklich verbotene Massnahme weiter verzögert werden könne, zumal nicht auszuschliessen sei, dass sich diese umweltschädigend auswirke.

b) Nach Art. 68 Abs. 2 VRPG⁸ kann die entscheidende Behörde aus wichtigen Gründen anordnen, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme. Da die aufschiebende Wirkung die Regel ist, darf davon nur unter besonderen Verhältnissen abgewichen werden. Wichtige Gründe in diesem Sinn sind nur bedeutende und dringliche öffentliche oder private Anliegen, die den Interessen an einem Aufschub der Wirksamkeit einer Anordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage vorgehen.⁹ Als wichtiger Grund gilt insbesondere ein

⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 47 N. 6.

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁹ Michel Daum/David Rechsteiner, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 68 N. 23.

öffentliches Interesse, das den sofortigen Vollzug einer belastenden Verfügung erfordert (Art. 68 Abs. 5 Bst. a VRPG).

c) Eine derart grosse Dringlichkeit, welche die Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde bereits im vorliegenden Entscheid rechtfertigen könnte, ist für die BVD angesichts der langen Verfahrensdauer nicht erkennbar. Darauf wird daher verzichtet. Es steht dem Beschwerdeführer aber offen, im Falle der Einreichung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den vorliegenden Entscheid den Entzug der aufschiebenden Wirkung im Verfahren vor Verwaltungsgericht zu beantragen.

5. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹⁰).

b) Sie 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). Im Vordergrund stehen unter dem Gesichtswinkel der besonderen Umstände behördliche Fehlleistungen, die für die Parteien mit erheblichem Mehraufwand verbunden gewesen sind.¹¹ Vorliegend ist nach dem Gesagten (E. 3c) von einem offensichtlichen Fehlverhalten der Gemeinde auszugehen, weshalb von besonderen Umständen im Sinne von Art. 108 Abs. 1 VRPG auszugehen ist. Auf die Erhebung der Verfahrenskosten wird daher verzichtet.

c) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Diemtigen vom 4. März 2022 wird aufgehoben.
2. Die Stellungnahme der Gemeinde vom 19. April 2022 und die Eingabe der Beschwerdegegnerschaft vom 2. Mai 2022 werden den Verfahrensbeteiligten zugestellt.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

¹⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

¹¹ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 19.

- Bundesamt für Raumentwicklung (ARE), mit Beilagen gemäss Ziff. 2, eingeschrieben
- Frau E._____ und Herrn D._____, mit Beilage gemäss Ziff. 2, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Diemtigen, Gemeinderat, mit Beilage gemäss Ziff. 2, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, per 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.