



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2023/2

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 28. Juni 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Hilterfingen, Gemeindeverwaltung, Staatsstrasse 18, 3652
Hilterfingen

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Hilterfingen vom 16. Dezember
2022 (Geschäft-Nr. 2720; Autounterstand mit Abstellraum)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind Grundeigentümerin und Grundeigentümer der Parzelle Hilterfingen Gbbl. Nr. F._____. Die Parzelle liegt grösstenteils in der Wohnzone 1 E1. Der südwestliche Parzellenbereich ist im Zonenplan der Gemeinde Hilterfingen mit einer weissen Fläche dargestellt, wobei umstritten ist, ob diese dem Bau- oder Nichtbaugebiet zuzuordnen ist. Auf dem südwestlichen Parzellenbereich verläuft das Gewässer «E._____». Die Erschliessung der Parzelle Nr. F._____ (sowie der benachbarten Parzellen Nrn. B._____ und H._____) erfolgt über einen brückenartigen Wegabschnitt unter dem ein Durchlass für den E._____ besteht. 1967 errichtete der damalige Grundeigentümer einen 3.75 m langen und 2.50 m breiten Autounterstand auf dem brückenartigen Wegabschnitt. Die Gemeinde erteilte am 24. Januar 1968 die nachträgliche Baubewilligung für einen 3.75 m langen und 2.50 m breiten «provisorischen Unterstand» aus Holz für einen Personenwagen unter der Bedingung, dass kein fester Bau erstellt werden dürfe.

Im Jahr 2020 stellte die Gemeinde fest, dass der Autounterstand (von der Gemeinde als «Schopf» bezeichnet) im Verlaufe der Zeit ohne Baubewilligung weiter ausgebaut worden sei. Der Autounterstand weise anstelle der Holzkonstruktion neu eine Stahlkonstruktion auf und sei ungefähr 6.00 m lang sowie 5.00 m breit. Die Gemeinde führte am 1. April 2020 einen Augenschein durch und erklärte, im Rahmen des Hochwasserschutzes sei vorgesehen, den

Durchlass E. _____ als überströmbare Brücke auszubilden. Dazu sei der Autounterstand, der vollständig im Gewässerraum stehe, abzubrechen. Sie erteilte dem Beschwerdeführer Gelegenheit, sich bis am 30. Juni 2020 dazu und über das von ihm geplante weitere Vorgehen zu äussern.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2020 machte der Beschwerdeführer geltend, seit spätestens Anfang der achtziger Jahre bestehe der heutige Zustand des Autounterstandes. Weiter führte er aus, gemäss bundesgerichtlicher Praxis verjähre die Frist für die Wiederherstellung grundsätzlich nach 30 Jahren. Ausserdem lasse sich der Hochwasserschutz am E. _____ auch ohne Abbruch des Autounterstandes realisieren. So seien der bestehende Durchlass genügend und das Risiko einer Verklausung minim.

In der Folge traf die Gemeinde mehrere Abklärungen und führte am 8. Dezember 2020 eine weitere Besprechung mit dem Beschwerdeführer durch. Sie teilte ihm mit, für den Autounterstand bestehe keine Besitzstandsgarantie. Ein möglichst rascher Abbruch stehe aufgrund der ausgewiesenen Risiken im öffentlichen Interesse und müsse allenfalls per Verfügung durchgesetzt werden. Die Gemeinde erteilte dem Beschwerdeführer Gelegenheit, sich zu äussern. Sofern bis Ende März 2021 keine Bestrebungen für einen Gebäudeabbruch erkennbar sein sollten, stellte die Gemeinde in Aussicht, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen.

Der Beschwerdeführer nahm am 29. Januar 2021 Stellung und machte erneut geltend, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes infolge Zeitablauf nicht mehr verfügt werden könne. Zudem sei die bestehende Konstruktion absolut sicher vor Hochwasser und müsse nicht abgebrochen werden. Der Durchlass sei schon jetzt überströmbare und das Wasser könne durch den Autounterstand fließen.

2. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 16. Dezember 2022 forderte die Gemeinde den Beschwerdeführer auf, den Schopf auf dem Durchlass des E. _____ bis am 31. Mai 2023 vollständig abzubrechen. Gleichzeitig wies sie darauf hin, dass die Einreichung eines nachträglichen Baugesuches ausgeschlossen sei, da die Baute aufgrund der Gesetzeslage nicht baubewilligungsfähig sei. Weiter drohte die Gemeinde die Ersatzvornahme ohne weitere Verfügung auf Kosten des Beschwerdeführers durch die Firma I. _____ AG Thun und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

3. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 17. Januar 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

1. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Die Verfügung der Baukommission Hilterfingen vom 16.12.2022 sei aufzuheben oder im Sinne unserer Erwägungen neu zu verfügen.
3. Eine allfällig verfügte Wiederherstellungsfrist ist auf 6 Monate nach Eintreten der Rechtskraft der Verfügung anzusetzen.

Eventualantrag:

Das Verfahren sei zu sistieren, bis die eidgenössischen Räte über die Standesinitiative des Kantons Wallis vom 22.03.2022 Beschluss gefasst haben.

Subeventualantrag:

Das Verfahren sei zu sistieren, bis das hängige Baugesuch auf G. _____ weg 15 rechtskräftig entschieden ist.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gemeinde.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte mit Verfügung vom 23. Januar 2023 die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. In ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 20. Februar 2023 beantragt die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Gesuche um Verfahrenssistierung seien abzuweisen. Als Beilage reichte die Gemeinde eine Stellungnahme der A._____ AG vom 17. Februar 2023 sowie den Entwurf des Vorprojektes zum Hochwasserschutz Hilterfingen vom 9. Dezember 2020 ein.

Der Beschwerdeführer reichte daraufhin am 1. Mai 2023 eine weitere Stellungnahme ein und stellte diverse Beweisanträge. Mit Verfügung vom 4. Mai 2023 holte das Rechtsamt bei der Gemeinde die Anhänge A bis E zum Vorprojekt Entwurf «Hochwasserschutz Hilterfingen, Wasserbauplan Hünibach, Cholerengrabe und Chelligrabe» der A._____ AG vom 9. Dezember 2020 ein. Zudem erteilte es der Gemeinde Gelegenheit, eine korrekt unterzeichnete Beschwerdevernehmlassung nachzureichen. Die Gemeinde reichte mit Eingabe vom 9. Mai 2023 die neu unterzeichnete Beschwerdevernehmlassung sowie das Vorprojekt Entwurf «Hochwasserschutz Hilterfingen, Wasserbauplan Hünibach, Cholerengrabe und Chelligrabe» der A._____ AG vom 9. Dezember 2020 mit den Anhängen A bis E ein.

Die Parteien erhielten anschliessend Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Die Gemeinde hat am 1. Juni 2023 Schlussbemerkungen eingereicht. Mit Schlussbemerkungen vom 5. Juni 2023 teilten die Beschwerdeführenden mit, die Eingabe der Gemeinde vom 9. Mai 2023 enthalte keinerlei Inhalte, die in irgendeiner Form geeignet sein könnten, die Richtigkeit ihrer Ausführungen sowohl in der Beschwerde vom 16. Januar 2023 als auch in der Stellungnahme vom 1. Mai 2023 in Frage zu stellen. Sie halte daher an ihren Rechtsbegehren und Beweisanträgen explizit fest.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) 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. Die BVD ist damit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Wiederherstellungsverfügungen kann anfechten, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat (Art. 65 Abs. 1 VRPG³).⁴ Die Wiederherstellungsverfügung ist grundsätzlich an die Grundeigentümerschaft zu richten (vgl. Art. 46 Abs. 2 BauG). Bei gemeinschaftlichem Eigentum

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)

⁴ Vgl. Michael Pflüger, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 65 N. 9

hat sie an alle Mit- oder Gesamteigentümer zu ergehen. Wird nur gegen einen der Grundeigentümer die Wiederherstellung verfügt, ist diese Verfügung nicht rechtswidrig oder nichtig; allenfalls bedarf es aber einer weiteren Verfügung gegen die übrigen Grundeigentümer, damit die Wiederherstellung durchgesetzt werden kann. Eine solche Verfügung kann auch noch im Beschwerdeverfahren vor der BVD ergehen.⁵

Der Beschwerdeführer ist als Adressat und Gesamteigentümer der Parzelle Nr. F. _____ durch die angefochtene Wiederherstellungsverfügung ohne Weiteres beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeführerin, die ebenfalls Gesamteigentümerin der Parzelle Nr. F. _____ ist, hat im vorinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit zur Teilnahme erhalten und ist nicht Adressatin der angefochtenen Verfügung. Im Beschwerdeverfahren wäre sie als Grundeigentümerin ohnehin von Amtes wegen beteiligt worden, soweit sie nicht bereits von sich aus Beschwerde erhoben hätte. Dementsprechend ist die Beschwerdeführerin ebenfalls zur Beschwerde legitimiert. Durch die Teilnahme der Beschwerdeführerin am Beschwerdeverfahren konnte nachgeholt werden, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren nicht Partei bzw. Adressatin der Wiederherstellungsverfügung war. Die Beschwerdeführerin ist Mitadressatin des Beschwerdeentscheids, dieser ist auch für sie verbindlich.

c) Zugunsten der Parzelle Nr. B. _____ besteht eine Dienstbarkeit zur Mitbenützung der streitigen Abstellplätze auf der Parzelle Nr. F. _____.⁶ Die Eigentümerschaft der Parzelle Nr. B. _____ gilt aufgrund der Nutzung der Abstellplätze grundsätzlich als Verhaltensstörerin. Als solche hätte sie ebenfalls Adressatin der Wiederherstellungsverfügung sein können, da sie beim Abbruch des Autounterstandes ihre abgestellten Fahrzeuge und allfälliges gelagertes Material wegräumen müsste. Eine Beteiligung der Dienstbarkeitsberechtigten am Beschwerdeverfahren ist jedoch nicht erforderlich. Die Dienstbarkeit verleiht der Eigentümerschaft der Parzelle Nr. B. _____ lediglich ein Mitbenützungsrecht und aus den Akten geht nicht hervor, dass sie für die Erstellung des Autounterstandes verantwortlich wäre. Es erscheint daher sachgerecht, primär die Grundeigentümerschaft zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verpflichten. Dass die Ausübung der Dienstbarkeit dadurch verunmöglicht wird, stellt ein zivilrechtliches Problem zwischen den Dienstbarkeitsberechtigten und den Dienstbarkeitsbelasteten dar und ist für das verwaltungsrechtliche Verfahren unbeachtlich.

d) Die Beschwerdeführenden beantragen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Instruktionsverfügung vom 23. Januar 2023 wies das Rechtsamt bereits darauf hin, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 49 BauG i.V.m. Art. 68 Abs. 1 VRPG). Der Antrag der Beschwerdeführenden um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist damit obsolet und es ist nicht darauf einzutreten. Darüber hinaus sowie unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen ist auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten.

2. Beschwerdevernehmlassung

a) Die Beschwerdeführenden bringen in ihrer Stellungnahme vom 1. Mai 2023 vor, die Beschwerdevernehmlassung sei nicht korrekt unterzeichnet und die Gemeinde mache darin Ausführungen bezüglich Hochwasserrisiko und Hochwasserschutz, was nicht Gegenstand der Begründung der Wiederherstellungsverfügung gewesen sei.

⁵ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 12 und 12a

⁶ Vgl. Beschwerdebeilagen 6 und 7

b) Die Beschwerdevernehmlassung der Bau- und Planungskommission der Gemeinde Hilterfingen vom 20. Februar 2023 ist lediglich durch den Bauverwalter unterzeichnet. Gemäss Anhang 1 zum Organisationsreglement der Gemeinde Hilterfingen⁷ haben sowohl die Präsidentin oder der Präsident als auch die Sekretärin oder der Sekretär der Bau- und Planungskommission zu unterzeichnen. Die Beschwerdevernehmlassung vom 20. Februar 2023 ist somit nicht korrekt unterzeichnet, wobei es sich um einen verbesserungsfähigen Mangel handelt. Mit Instruktionsverfügung vom 4. Mai 2023 erteilte das Rechtsamt der Gemeinde Gelegenheit, eine korrekt unterzeichnete Beschwerdevernehmlassung einzureichen. Am 9. Mai 2023 reichte die Gemeinde die Beschwerdevernehmlassung erneut ein, unterzeichnet durch die Präsidentin sowie den Sekretär der Bau- und Planungskommission. Sie ist damit korrekt unterzeichnet. Den Beschwerdeführenden ist dadurch kein Nachteil entstanden.

c) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen.⁸ In der angefochtenen Verfügung hält die Gemeinde unter Ziff. 1.3 fest, dass der Schopf sowohl im Hochwasserschutzkonzept Hilterfingen als auch im Wasserbauvorprojekt zum Hünibach als Gefahrenpotential aufgeführt sei. Das Hochwasserrisiko und der Hochwasserschutz wurden damit thematisiert. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Ausführungen der Gemeinde in der Beschwerdevernehmlassung über den Verfahrensgegenstand hinausgehen. Das Vorbringen der Beschwerdeführenden erweist sich als unbegründet.

3. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, der Autounterstand bestehe seit den achtziger Jahren unverändert. Bis zur Publikation des Urteils des Bundesgerichts 1C_469/2019, 1C_483/2019 vom 28. April 2021 seien sie davon ausgegangen, dass der Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes infolge Ablaufs der 30-jährigen Verjährungsfrist verwirkt gewesen sei. Soweit das Bundesgerichtsurteil zur Anwendung gelange, ergebe sich ein rechtlich neuer, fundamental anderer Sachverhalt. Gemäss dem Bundesgerichtsurteil seien im Einzelfall der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und der Vertrauensschutz zu berücksichtigen. Die Gemeinde hätte sie daher vor Erlass der Verfügung erneut anhören müssen. Sinngemäss rügen die Beschwerdeführenden auch die Begründungspflicht. So sei aus der Verfügung nicht ersichtlich, dass die Gemeinde eine rechtsgenügende Interessenabwägung vorgenommen habe. Insbesondere sei nicht ersichtlich, ob und wie ihre Stellungnahmen in den Entscheid eingeflossen seien. Schliesslich bringen die Beschwerdeführenden vor, die Gemeinde habe ihnen vom in Ziff. 1.3 der Verfügung erwähnten Wasserbauvorprojekt nicht Kenntnis gegeben. In ihrer Stellungnahme vom 1. Mai 2023 wiederholen die Beschwerdeführenden sinngemäss, dass die Gemeinde die Begründungspflicht verletzt habe, ihr keine Gelegenheit gegeben habe, sich zu Art. 41c Abs. 2 GSchV⁹ zu äussern und ihr nicht die vollständige Akteneinsicht gewährt worden sei. Zudem würden der Anhang A wie auch die weiteren Anhänge zum Wasserbauvorprojekt fehlen. Dies sei eine weitere Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

Die Gemeinde entgegnet in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 20. Februar 2023, die Beschwerdeführenden würden zu Unrecht die Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend machen. Sie habe ihnen bereits am 1. April 2020 mitgeteilt, dass eine Baute ohne Baubewilligung vorliege, die wohl entfernt werden müsse. Am 8. Dezember 2020 habe sie den Beschwerdeführenden

⁷ Organisationsreglement 2016 der Gemeinde Hilterfingen, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 10. August 2015

⁸ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 bis 14

⁹ Gewässerschutzverordnung des Bundesrats vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201)

zudem eine Rechtsabklärung abgegeben, aus der hervorgehe, weshalb vorliegend die Wiederherstellung auch nach mehr als dreissig Jahren noch möglich sei. Die Rechtsanwendung der Gemeinde sei deshalb nicht überraschend. Die Beschwerdeführenden hätten Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt. Zudem hätten sie gewusst, dass die Gemeinde für den E. _____ ein Wasserbauprojekt plane. Das Vorprojekt enthalte im Vergleich zur Aktennotiz der A. _____ AG vom 1. Oktober 2020 keine neuen Erkenntnisse.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern.¹⁰ Da die Behörden das Recht von Amtes wegen anwenden (vgl. Art. 20a Abs. 1 VRPG) besteht im Allgemeinen aber kein Anspruch, sich zur rechtlichen Beurteilung der Sachfragen noch besonders zu äussern. Den Parteien ist jedoch Gelegenheit zur vorgängigen Äusserung einzuräumen, wenn sich die Behörde auf Rechtsnormen stützen will, die bisher nicht einbezogen oder angesprochen wurden und mit deren Heranziehen sie nicht rechnen mussten. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich die Rechtslage geändert hat. Die Anhörung ist zwingend, wenn die Rechtsstellung einer Partei durch das Heranziehen einer solchen Norm im Beschwerdeverfahren zu ihrem Nachteil verändert werden soll (vgl. Art. 73 Abs. 2 sowie Art. 84 Abs. 2 VRPG).¹¹ Fraglich ist, ob auch ein Anspruch auf rechtliches Gehör in Zusammenhang mit neuer Rechtsprechung besteht. Auf den ersten Blick erscheint zwar grundsätzlich denkbar, dass eine Anhörung unter Umständen auch bei Anwendung einer neuen oder neu strengeren Rechtsprechung einer übergeordneten Instanz, die die Rechtsstellung der Partei zum Nachteil verändert, angezeigt sein könnte. Für die Beantwortung der Frage kann aber sinngemäss auf das soeben Gesagte hinsichtlich der Anwendung von bisher nicht einbezogenen oder angesprochenen Rechtsnormen zurückgegriffen werden. Ein allfälliger Gehörsanspruch kann demgemäss nur dann bestehen, wenn sich die Behörde auf eine Rechtsprechung stützen will, mit deren Heranziehen die Parteien nicht rechnen mussten.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt weiter, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.¹²

Des Weiteren umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör auch das Recht der Parteien, von jedem eingereichten Aktenstück bzw. jeder Stellungnahme von Parteien und Behörden Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können. Das gilt unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Argumente enthalten und ob sie die Entscheidbehörde tatsächlich zu beeinflussen vermögen. Die Beteiligten sind deshalb über jede Eingabe zu informieren, damit sie Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern, wenn sie dies als notwendig erachten. Daher sind den Parteien im Baubewilligungsverfahren sämtliche Amts- und Fachberichte sowie die Stellungnahmen der Gegenpartei zuzustellen.¹³

¹⁰ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 2

¹¹ Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 22

¹² BGE 140 II 262 E. 6.2; BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; Michel Daum, a.a.O., Art. 52 N. 7

¹³ BGE 138 I 484 E. 2.1, 133 I 100 E. 4.3 ff.; BVR 2009 S. 328 ff. E. 2.4; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 38-39 N. 9b; Urs Eymann, Das rechtliche Gehör im erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren, in KPG-Bulletin 2006 S. 47 ff.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.¹⁴ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁵

c) Mit seinem Urteil 1C_469/2019, 1C_483/2019 vom 28. April 2021, E. 5.7 (publiziert in BGE 147 II 309) entschied das Bundesgericht, dass der Wiederherstellungsanspruch ausserhalb der Bauzone nicht nach 30 Jahren verwirkt. In E. 5.6 des Urteils äussert sich das Bundesgericht allgemein dazu, dass speziellen Situationen des Vertrauensschutzes mit massgeschneiderten Lösungen im Einzelfall, so beispielsweise einer längeren Wiederherstellungsfrist, Rechnung getragen werden können. Durch dieses Bundesgerichtsurteil wird die Rechtslage der Beschwerdeführenden nicht zu ihrem Nachteil verändert. So hat die Gemeinde den Beschwerdeführer bereits an der Besprechung vom 1. April 2020 darauf hingewiesen, dass sich der Autounterstand mit Abstellraum im Gewässerraum befindet und aus rechtlicher Sicht nicht bestehen bleiben könne. Die Gemeinde teilte ausdrücklich mit, dass der Schopf abgebrochen werden müsse.¹⁶ Hinzu kommt, dass die Gemeinde dem Beschwerdeführer anlässlich der zweiten Besprechung vom 8. Dezember 2020 ihre Rechtsabklärung abgegeben hat, welche das Urteil erwähnte.¹⁷ Die Beschwerdeführenden hatten somit Kenntnis des Urteils und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Gemeinde durch das Heranziehen dieses Bundesgerichtsurteils das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt haben sollte. Ob das Herbeiziehen von bundesgerichtlichen Urteilen aus dem gleichen Rechtsgebiet wie der zu beurteilende Sachverhalt einen Gehörsanspruch zu begründen vermag, erscheint ohnehin fraglich.

Auch der Begründungspflicht wird in der angefochtenen Verfügung grundsätzlich Genüge getan. Die Gemeinde setzt sich mit den gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen, dem Besitzstand und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auseinander. Sie nennt in der angefochtenen Verfügung die wesentlichen Elemente, die aus ihrer Sicht entscheidend sind, namentlich, dass die heute stehende Konstruktion nicht bewilligt und aufgrund des Standortes im Gewässerraum auch nicht baubewilligungsfähig sei. Dass sich die Gemeinde nicht mit sämtlichen Vorbringen der Beschwerdeführenden auseinandergesetzt hat, genügt nicht für die Bejahung einer Gehörsverletzung. Die Gemeinde hat eingangs der angefochtenen Verfügung auf die Besprechungen mit den Beschwerdeführenden Bezug genommen und deren Stellungnahmen erwähnt. Sie hat diese somit zur Kenntnis genommen. Die Wiedergabe jedes einzelnen Arguments der Beschwerdeführenden war nicht notwendig. Auch hinsichtlich der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist die Begründung knapp genügend. So führt die Gemeinde aus, dass der Autounterstand mit Abstellraum nicht im öffentlichen Interesse sei. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführenden die Wiederherstellungsverfügung sachgerecht anfechten konnten.

Schliesslich erwähnt die Gemeinde in der angefochtenen Verfügung den Entwurf zum Wasserbauvorprojekt der A. _____ AG vom 15. März 2022. Dieser Entwurf sowie die

¹⁴ BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 9 bis 11

¹⁵ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 21 und 39

¹⁶ Vgl. pag. 3 der Vorakten

¹⁷ Vgl. pag. 12 der Vorakten

dazugehörigen Anhänge sind weder in den Vorakten enthalten, noch wurden sie den Beschwerdeführenden zugestellt. Der Entwurf zum Wasserbauvorprojekt beurteilt nicht nur das Gefahrenpotential des Durchlasses E._____, sondern legt auch dar, weshalb alternative Massnahmen zu einem Rückbau des Schopfes verworfen worden seien.¹⁸ Zwar hat die Gemeinde den Beschwerdeführer bereits am 1. April 2020 informiert, dass wegen dem Hochwasserschutz der Schopf abgebrochen werden soll. Zudem hat die Gemeinde den Beschwerdeführenden am 22. Dezember 2020 die Aktennotiz der A._____ AG vom 1. Oktober 2020 abgegeben, die ebenfalls von einem Gefahrenpotenzial des Schopfes ausgeht. Im Entwurf zum Wasserbauvorprojekt werden aber nicht nur das Gefahrenpotential, sondern auch alternative Massnahmen zu einem Abbruch geprüft. Da die Gemeinde in der angefochtenen Verfügung den Entwurf erwähnt hat, ist davon auszugehen, dass sie sich bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung darauf abgestützt hat. Mangels Kenntnis des Entwurfs sowie der Anhänge konnten sich die Beschwerdeführenden nicht zu den verworfenen alternativen Massnahmen und damit der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung äussern. Dadurch wurde ihr rechtliches Gehör verletzt. Im Beschwerdeverfahren wurden den Beschwerdeführenden der Entwurf zum Wasserbauvorprojekt vom 15. März 2022 sowie die Anhänge zugestellt und sie hatten Gelegenheit, ihre Rechte vollumfänglich wahrzunehmen. Die Gehörsverletzung wurde somit geheilt. Sie ist allerdings bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.

4. Rechtliche Grundlagen für die Wiederherstellungsanordnung

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Soweit keine Baubewilligung vorliegt (sog. formelle Rechtswidrigkeit) und kein nachträgliches Baugesuch eingereicht wurde, hat die Rechtsmittelbehörde summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte (sog. materielle Rechtswidrigkeit). Denn nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen.¹⁹ Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren bzw. im Rahmen der summarischen Prüfung ist grundsätzlich das Recht massgebend, das im Zeitpunkt der Ausführung des Vorhabens bzw. im Zeitpunkt der Nutzungsänderung anwendbar war.²⁰ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind jedoch Rechtsvorschriften, die zur Durchsetzung erheblicher öffentlicher Interessen erlassen worden sind, zwingend anzuwenden, auch wenn sie erst später, d.h. nach Errichtung der (nicht bewilligten) Baute oder Anlage, in Kraft getreten sind. Sie müssen bei der erstmaligen bzw. nachträglichen Bewilligung einer formell rechtswidrigen Baute zur Anwendung kommen. Zwingende Gründe für eine Anwendung des neuen Rechts erachtet das Bundesgericht im Bereich des Gewässer-, Natur-, Heimat- und Umweltschutzes als gegeben. Dazu gehören namentlich die am 1. Juni 2011 in Kraft getretenen Bestimmungen der Gewässerschutzverordnung über den Gewässerraum. Bauten im Gewässerraum, die vor diesem Stichtag ohne Baubewilligung errichtet oder geändert worden sind, sind in ihrem Bestand somit nur geschützt, wenn sie nach heutigem Recht im Gewässerraum bewilligt werden können.²¹

b) Erweist sich ein Bauvorhaben sowohl formell als auch materiell als rechtswidrig, ist zu prüfen, ob die Wiederherstellungsverfügung im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist

¹⁸ Vgl. die Beschwerdeantwortbeilage 2, S. 33

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a

²⁰ VGE 2016/74 vom 26. Oktober 2016 E. 3.2, 2013/134 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2

²¹ BGE 146 II 304 nicht publizierte E. 8.2 (vgl. BGE 1C_22/2019, 1C_476/2019 vom 6. April 2020 E. 8.2); vgl. Jeannette Kehrli, Urteilsbesprechung 1C_22/2019, 1C_476/2019 in: URP 2020 S. 529 ff., S. 541

und den Vertrauensgrundsatz nicht verletzt. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist.²² Der Gewässerschutz stellt ein erhebliches öffentliches Interesse dar.²³ 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.²⁴

c) Gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG 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. Diese Fünfjahresfrist gilt nicht, sondern es greift nach bundesgerichtlicher Praxis eine 30-jährige Verwirkungsfrist, wenn die Wiederherstellung eines bundesrechtlich geregelten Sachverhaltes betroffen ist. Zwingende öffentliche Interessen können eine Wiederherstellung auch noch nach 30 Jahren rechtfertigen, insbesondere wenn Polizeigüter im engeren Sinn betroffen sind, wie die Sicherheit und Gesundheit von Personen.²⁵ In seinem Urteil 1C_22/2019, 1C_47/2019 vom 6. April 2020, E. 15 (nicht publiziert in BGE 146 II 304) hat das Bundesgericht eine nachträgliche Baubewilligung einer Baute im Gewässerraum verweigert und im Zusammenhang mit der Wiederherstellung darauf hingewiesen, dass eine Wiederherstellung noch nach Ablauf von 30 Jahren verlangt werden könne. Mit BGE 147 II 309, E. 5.4 wiederholt das Bundesgericht, dass die Verwirkung seit jeher unter dem Vorbehalt wichtiger öffentlicher Interessen stehe. Dazu würden nebst dem Schutz von Polizeigütern im engeren Sinne auch andere zwingende öffentliche Interessen des Umwelt-, Gewässer-, Ortsbild- und Landschaftsschutzes zählen.

d) Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private Interessen sie gebieten. Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht hat gutgläubig sein können. Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt, z.B. aufgrund einer mangelhaften Bewilligung oder Auskunft.²⁶ Die blossе Untätigkeit einer Behörde berechtigt nicht zur Annahme, das Bauen oder Nutzen sei rechtmässig. Untätigkeit der Behörde kann nur dann einen Vertrauenstatbestand begründen, wenn die Behörde eine Rechtswidrigkeit über Jahre hinweg duldete, obschon ihr die Rechtswidrigkeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt und die Rechtswidrigkeit für die Bauherrschaft bei gebotener Sorgfalt nicht erkennbar war.²⁷ Die Bauherrschaft muss sich das Wissen(müssen) ihrer Rechtsvorgänger anrechnen lassen. Käufer können keine bessere Rechtsposition erwerben, als die Verkäuferschaft innehatte; insbesondere können sie aus dem (rechtswidrigen) Verhalten des Verkäufers nichts für sich ableiten und sich nicht auf gutgläubigen Erwerb berufen.²⁸ Gewichtige öffentliche Interessen können selbst bei gutem Glauben für eine Wiederherstellung sprechen, so zum Beispiel der Schutz des Gewässerabstandes bzw. des Gewässerraums.²⁹ Bei bösem Glauben der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung nur verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder sonst wie

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a

²³ BGer 1C_22/2019 und 1C_47/2019 vom 6. April 2020, E. 8.2 (nicht publiziert in BGE 146 II 304)

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11 Bst. c

²⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. aa

²⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. cc

²⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. b

²⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. d

unverhältnismässig wäre. Musste die Bauherrschaft Zweifel an der Rechtmässigkeit haben, so ist ihre Vertrauensposition zumindest geschwächt, auch wenn nicht gerade von Bösgläubigkeit gesprochen werden kann.³⁰

5. Formelle Rechtswidrigkeit

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Überdeckung E._____ gebe es seit Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts. Die heutige Überdeckung bestehe seit 1958, da in diesem Jahr die Parzellen Nrn. B._____ und F._____ überbaut worden seien. 1982 oder 1983 habe der damalige Grundeigentümer den Autounterstand ersetzt durch den seither bestehenden offenen Autounterstand mit seitlichem Abstellraum. In ihrer Stellungnahme vom 1. Mai 2023 ergänzen die Beschwerdeführenden, die Abstellplätze bestünden seit 1958, seien daher in ihrem Bestand geschützt und nicht von der Wiederherstellungsverfügung betroffen. Weiter machen sie geltend, die Abstellplätze seien bewilligungs- und rechtmässig erstellt worden. Unabhängig vom Beschwerdeverfahren dürften weiterhin Fahrzeuge abgestellt werden.

Die Gemeinde führt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 20. Februar 2023 aus, anstelle des ursprünglich bewilligten Autounterstandes aus Holz stehe heute eine vollständig neue Baute mit Stahlträger, Rundholzsparren und einer Abdeckung aus Wellblech eternit. Es handle sich um ein zweiteiliges Gebäude. Auf der einen Seite befinde sich ein offener PW-Unterstand, auf der anderen ein umwandeter Abstellraum. Der Schopf sei nie bewilligt worden. In ihren Schlussbemerkungen vom 1. Juni 2023 wiederholt die Gemeinde, dass die strittige Baute nie baubewilligt worden sei.

b) Mit Baubewilligung vom 24. Januar 1968 bewilligte die Gemeinde Hilterfingen einen 3.75 m langen und 2.50 m breiten provisorischen Unterstand für einen Personenwagen aus sechs stehenden, mittels Längs- bzw. Querlatten verbundenen Holzpfosten und einem Pultdach aus Holzschalung mit Dachpappenabdeckung.³¹ Unbestrittenermassen wurde der 1968 bewilligte Autounterstand 1982 oder 1983 ohne Baubewilligung ersetzt durch den heutigen Autounterstand mit Abstellraum. Dieser weist einen Grundriss von ca. 6 m Länge und 5 m Breite auf. Aus den von den Beschwerdeführenden eingereichten Fotos und den Ausführungen in der Beschwerde geht hervor, dass der heutige Autounterstand mit Abstellraum eine Tragekonstruktion aus Stahl- oder Eisenträgern und Platz für mindestens einen Personenwagen sowie ein Motorrad aufweist.³² Der heutige Zustand des Autounterstandes mit Abstellraum und Platz für mehr als einen Personenwagen bzw. Motorrad entspricht nicht mehr der Baubewilligung vom 24. Januar 1968. Es ist unbestritten, dass der heutige Autounterstand mit Abstellraum baubewilligungspflichtig ist (vgl. Art. 22 Abs. 1 RPG³³ i.V.m. Art. 1a Abs. 1 BauG). Da keine Baubewilligung vorliegt, gilt die Baute als formell rechtswidrig. Das gilt auch für die Abstellplätze innerhalb der Baute. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführenden nicht weiter belegt, dass ausserhalb der Baute Abstellplätze auf dem brückenartigen Übergang bewilligt wurden. Allfällige Abstellplätze, die sich ausserhalb des Autounterstandes mit Abstellraum befinden, sind vorliegend jedoch nicht Verfahrensgegenstand.

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. e

³¹ Pag. 2 der Vorakten

³² Vgl. die Fotos in der Beschwerdebeilage Nr. 15

³³ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

6. Materielle Rechtswidrigkeit

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Überdeckung E._____ sei Voraussetzung für die Erschliessung der Parzellen Nrn. B._____ und F._____. Zudem diene sie als Abstell- und Wendeplatz. Der Autoabstellplatz werde auch von der Parzelle Nr. B._____ genutzt, es bestehe eine Dienstbarkeit. Die Überdeckung sei nach Art. 24c RPG in ihrem Bestand geschützt. Der Abstellplatz befinde sich in der Bauzone. Wie praktisch überall in der Gemeinde sei die Erschliessung auf dem Zonenplan als weisse Fläche dargestellt und es könne nicht der Wille der Gemeinde gewesen sein, diese Flächen der Landwirtschaftszone zuzuweisen. Die angefochtene Verfügung stelle damit auf einen falschen Sachverhalt ab. Die Beschwerdeführenden bringen weiter vor, der Autounterstand und der Abstellraum seien gemäss Art. 41c Abs. 1 Bst. a GSchV zonenkonform und damit grundsätzlich bewilligungsfähig. Entlang des Hünibachs und des E._____ seien mit Ausnahme der Waldparzelle Nr. J._____ alle Parzellen überbaut. Es handle sich um dicht überbautes Gebiet. Auf Art. 527 Abs. 4 GBR³⁴ könne nicht abgestellt werden, da es sich um einen bundesrechtlichen Begriff handle. Weiter bringen die Beschwerdeführenden vor, der Schopf bilde kein Gefahrenpotenzial. Die A._____ AG bestätige in der Aktennotiz vom 1. Oktober 2020, dass die Schutzziele des Hochwasserschutzes auch erreicht werden könnten, wenn der Schopf in einen offenen Unterstand umgebaut werde, der hindernisfrei durchströmt werden könne. Die betonierte Rückwand des Abstellraums befinde sich mehrheitlich in der Böschung und habe daher keinen Einfluss auf die Hochwassergefährdung. Die bereits bestehende Durchströmöffnung im Autounterstand genüge für die Überleitung eines Hochwassers und zwar auch dann, wenn der Durchlass selbst vollständig verklaust sein sollte. Der Abstellraum mit Autounterstand bestehe aus zwei Stahlträgern und zwei Beton-/Stahlstützen. Die Tragekonstruktion sei absolut sicher vor Hochwasser. Auch die Bretterwand zwischen Autounterstand und Abstellraum sei stabil. Bei einem hundertjährigen Hochwasser sei mit einer Wassertiefe von 25 cm und Fliessgeschwindigkeiten von 5 m/s zu rechnen, was nicht ausreiche um Fahrzeuge oder die Bretterwand mitzureissen. Zudem sei das Risiko einer vollständigen Verklausung des Durchlasses sehr gering. Bei einem Hochwasser würde Holz vor dem Durchlass liegenbleiben. Oberhalb des Durchlasses seien die Abflussverhältnisse ohnehin nicht genügend gross, um Baumstämme und grosse Äste zu transportieren. Die Hochwassergefährdung bzw. der Hochwasserschutz begründe daher kein überwiegendes entgegenstehendes Interesse.

In ihrer Stellungnahme vom 1. Mai 2023 ergänzen die Beschwerdeführenden, ihre eigenen Beobachtungen würden darauf schliessen lassen, dass die im Wasserbauvorprojekt angenommenen Hochwasserabflüsse und insbesondere das Schwemmholtzpotenzial eher zu hoch seien. Das Schwemmholtzpotential sei aufgrund einer falschen Neigung berechnet worden. Zudem wiederholen sie, dass sich der Unterstand und Schopf in der Bauzone befänden. Die Bezeichnung des dicht überbauten Gebietes im Gemeindebaureglement sei bundesrechtswidrig und nicht anwendbar.

b) Die Gemeinde hielt in der angefochtenen Verfügung fest, die Baute sei aufgrund der Gesetzeslage nicht baubewilligungsfähig. In ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 20. Februar 2023 führt sie aus, der Schopf liege gemäss Zonenplan der Gemeinde in der Landwirtschaftszone. Verkehrsflächen und andere weisse Flächen im Zonenplan seien derjenigen Nutzungszone zuzurechnen, von der sie im Wesentlichen umgeben werde. Hier lägen östlich und westlich der Strasse der E._____ und Wald; südlich liege ebenfalls Wald. Im vorliegend interessierenden Bereich sei die Strasse überwiegend von Nichtbaugelände umgeben. Dass die Strasse nördlich an eine Bauzone angrenze, vermöge daran nichts zu ändern. Massgebend sei die unmittelbare Umgebung der Strasse. Zudem liege der Schopf im Gewässerraum. Eine allenfalls mit Bewilligung

³⁴ Baureglement der Gemeinde Hilterfingen vom 29. Oktober 2013, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 9. Oktober 2014

aus dem Jahr 1968 geschaffene Besitzstandsgarantie greife nicht mehr. Der Schopf sei gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV nicht bewilligungsfähig, sei es nun inner- oder ausserhalb der Bauzone. Beim Schopf handle es sich nicht um eine standortgebundene Baute oder Anlage im öffentlichen Interesse. Auch sei keine Ausnahmekonstellation gegeben. Insbesondere liege nicht dicht überbautes Gebiet vor. Ein solches liege gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur vor, wenn die Grundstücke in der Umgebung weitgehend ausgenützt seien, das zur Bebauung geplante Grundstück in einer Kern- oder Zentrumszone liege, in der Umgebung bereits viele Bauten und Anlagen im Uferstreifen bzw. Gewässerraum lägen oder die Bauparzelle eine Baulücke bilde. Die Parzelle der Beschwerdeführenden liege peripher am Hang, ausserhalb des Zentrums in einer schwach besiedelten Wohnzone. Art. 527 Abs. 4 GBR lege verbindlich fest, dass als dicht überbautes Gebiet nur der Hünibach zwischen der Staatsstrasse und der Hünibachstrasse sowie der Dorfbach zwischen der Staatsstrasse und der Verbindungsbrücke Bachgasse/Burechgasse gälte. Weiter führt die Gemeinde aus, der Schopf sei im Hochwasserschutzkonzept Hilterfingen der K. _____ AG vom 25. August 2017³⁵ und im Wasserbauvorprojekt der A. _____ AG vom 15. März 2022 zum Hünibach als Gefahrenpotential aufgeführt. Bei Hochwasser bestehe die grosse Gefahr, dass Teile der Baute und/oder deren Inhalts flussabwärts verfrachtet und bei den zahlreichen Brücken weiter unten zu Verklausungen führen würden. Dies würden auch die von den Beschwerdeführenden zu den Akten gereichten Fotos aufzeigen. Zudem könne nicht ausgeschlossen werden, dass wassergefährdende Stoffe im Schopf gelagert würden, die im Ereignisfall zur Gewässerverschmutzung führen könnten. Intensive Niederschläge wie im August 2022 hätten gezeigt, dass jederzeit mit örtlichen Hochwasserereignissen gerechnet werden müsse.

In ihren Schlussbemerkungen vom 1. Juni 2023 führt die Gemeinde aus, ein blosser Teilrückbau sei ebenfalls nicht nachträglich bewilligungsfähig. Auch sei ein ungedeckter PW-Parkplatz auf dem Gewässer-Durchlass nicht bewilligungsfähig.

c) Die Kantone legen gemäss der bundesrechtlichen Vorgabe in Art. 36a Abs. 1 GSchG³⁶ den Gewässerraum fest. Der Gewässerraum soll den Raumbedarf des Gewässers langfristig sicherstellen und die natürlichen Funktionen der Gewässer, den Schutz vor Hochwasser und die Gewässernutzung gewährleisten (vgl. Art. 36a Abs. 1 Bst. a bis c GSchG). Er ist unabhängig vom Bestehen konkreter Revitalisierungs- oder Hochwasserschutzprojekten auszuscheiden.³⁷ Die Mindestmasse des Gewässerraums für Fliessgewässer sind in Art. 41a GSchV bundesrechtlich festgelegt. Im Kanton Bern bestimmen die Gemeinden den Gewässerraum gestützt auf Bundesrecht und Art. 5b Abs. 2 WBG³⁸ in ihrer baurechtlichen Grundordnung oder in Überbauungsordnungen (Art. 5b Abs. 1 WBG). Das Baureglement der Gemeinde Hilterfingen legt den Gewässerraum wie folgt fest:

Art. 527 Fliessgewässer

¹ Entlang von eingedolten und offenen Fliessgewässern gelten zur Sicherung des Raumbedarfs für Massnahmen des Hochwasserschutzes und der ökologischen Funktionsfähigkeit der Gewässer für sämtliche – bewilligungspflichtige und bewilligungsfreie – Bauten und Anlagen sowie Terrainveränderungen die im Zonenplan 2 festgelegten Bauabstände. [...]

Gemäss Zonenplan Nr. 2 der Gemeinde Hilterfingen beträgt der Bauabstand vom E. _____ im Bereich der Parzellen Nrn. F. _____, B. _____ und H. _____ 7.50 m. Der

³⁵ Vgl. pag. 3 der Vorakten

³⁶ Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20)

³⁷ Vgl. BGE 140 II 428 E. 8.1

³⁸ Gesetz vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11)

Autounterstand mit Abstellraum befindet sich unmittelbar auf dem brückenartigen Übergang über dem E. _____³⁹ und liegt damit unbestrittenermassen im Gewässerraum.

d) Im Gewässerraum dürfen nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden (Art. 41c Abs. 1 Satz 1 GSchV). Standortgebunden sind Anlagen, die aufgrund ihres Bestimmungszwecks oder aufgrund der standörtlichen Verhältnisse nicht ausserhalb des Gewässerraums angelegt werden können. Die Aufzählung in Art. 41c Abs. 1 GSchV ist nicht abschliessend, den genannten Anlagen ist aber gemein, dass sie ihrem Zweck entsprechend standortgebunden sind oder sein können.⁴⁰ Anlagen sind ebenso standortgebunden, wenn sie aufgrund der örtlichen Gegebenheiten nicht ausserhalb des Gewässerraums errichtet werden können. Derart standörtliche Verhältnisse sind beispielsweise Schluchten oder durch Felsen eingeengte Platzverhältnisse, wo Fahrwege, Leitungen etc. im Gewässerraum geführt werden müssen.⁴¹ Standortgebundene Anlagen sind im Gewässerraum nur zugelassen, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen. Daraus ergibt sich als Umkehrschluss, dass lediglich im privaten Interesse liegende Anlagen nicht erstellt werden dürfen, auch wenn sie im konkreten Fall standortgebunden sein mögen.⁴²

Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde im Sinne einer Ausnahme gemäss Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV unter anderem auch die Erstellung von zonenkonformen Anlagen in dicht überbauten Gebieten (Bst. a) und ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen bewilligen (Bst. abis). Bei der Beurteilung, ob überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ist eine umfassende Abwägung vorzunehmen zwischen den Interessen an der baulichen Nutzung des Grundstücks und den öffentlichen Interessen an der Freihaltung des Grundstücks von Bauten und Anlagen. Ein entgegenstehendes überwiegendes Interesse kann insbesondere das Anliegen des Hochwasserschutzes sein.⁴³

Der Begriff «dicht überbautes Gebiet» ist ein bundesrechtlicher Begriff und daher bundesweit einheitlich auszulegen.⁴⁴ Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von der Lehre und der Rechtsprechung zu definieren ist. Der Begriff des dicht überbauten Gebietes ist restriktiv auszulegen. Bei der Umsetzung wird den Kantonen jedoch ein Spielraum belassen.⁴⁵ Im Kanton Bern können die Gemeinden in der baurechtlichen Grundordnung oder in Überbauungsordnungen festlegen, welche Teile des Gewässerraums im Sinne des Bundesrechts dicht überbaut sind (vgl. Art. 5b Abs. 3 WBG). Das dicht überbaute Gebiet kann im Rahmen der Nutzungsplanung, d.h. im Zonenplan der Gemeinde, festgelegt sowie in einem entsprechenden Artikel im Baureglement geregelt werden.⁴⁶ Nutzungspläne einschliesslich der zugehörigen zonenspezifischen Vorschriften können in der Regel nur einmal bei ihrem Erlass angefochten werden (sog. ursprüngliche Anfechtbarkeit, Prinzip des einmaligen Rechtsschutzes). Eine nachträgliche (akzessorische) Anfechtbarkeit im Baubewilligungsverfahren ist aus Gründen der Rechtssicherheit nur möglich, wenn die betroffene Person oder ihre Rechtsvorgänger beim Planerlass objektiv keine Anfechtungsmöglichkeit hatte oder das Ausmass der Beschränkung für

³⁹ Vgl. hierzu insbesondere die Fotos auf der Beschwerdebeilage 15

⁴⁰ VGE 2020/238 vom 31. August 2021 E. 4.3 m.w.H.

⁴¹ Christoph Fritzsche in Peter Hettich/Luc Jansen/Roland Norer [Hrsg.], Kommentar zum GSchG/WBG, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 36a N. 116 m.w.H.

⁴² Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 117

⁴³ Vgl. BGE 140 II 437 E. 6; Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 126

⁴⁴ BGE 140 II 437 E. 5

⁴⁵ Christoph Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N. 84 ff.

⁴⁶ Vgl. die Arbeitshilfe zur Bestimmung dicht überbauter Gebiete, herausgegeben vom Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 30. Oktober 2017, S. 4 ff., abrufbar unter <https://www.raumplanung.dij.be.ch/de/start/raumplanungsthemen/landschaft-und-oekologie/sicherung-des-raumbedarfs-von-gewaessern-.html>

sie noch unklar war oder wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die gesetzlichen Grundlagen in einer Weise geändert haben, dass das öffentliche Interesse am Planinhalt dahingefallen sein könnte. Zonenspezifische Vorschriften umschreiben Art, Natur und Umfang der im Zonenplan dargestellten Nutzungen. Sie stehen anstelle einer Planlegende und bilden mit dem Plan ein untrennbares Ganzes. Nicht zonenspezifische Vorschriften sind solche, die nicht spezifisch für das Plangebiet Art, Natur oder Umfang der Nutzung umschreiben, so z.B. allgemein geltende Erschliessungs-, Parkplatz-, Ästhetik- und Messvorschriften, wohnhygienische und Sicherheitsvorschriften sowie Vorschriften über die Beschränkung von Zweitwohnungen. Solche Vorschriften können wie Rechtssätze auch noch im Anwendungsfall (akzessorisch, vorfrageweise) als verfassungs- oder gesetzwidrig angefochten werden.⁴⁷

e) Sodann sind Anlagen im Gewässerraum in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt, sofern sie rechtmässig erstellt wurden und bestimmungsgemäss nutzbar sind (Art. 41c Abs. 2 GSchV). Das Bundesgericht hat den Begriff der rechtmässig erstellten Bauten unlängst in seinen Urteilen 1C_22/2019 und 1C_476/2019 vom 6. April 2020 (teilweise publiziert in BGE 146 II 304) präzisiert. Umfasst werden demgemäss nur formell rechtmässige, d.h. rechtskräftig bewilligte Bauten und Anlagen.⁴⁸ Art. 41c Abs. 2 GSchV schützt altrechtliche Bauten nur «in ihrem Bestand». Die Änderung, Erweiterung oder der Wiederaufbau sind im Gewässerraum nicht gestattet.⁴⁹

f) Der Bestimmungszweck des Autounterstandes mit Abstellraum liegt in der Schaffung eines Autoabstellplatzes und einer Lagermöglichkeit für diverse Gegenstände für die Grundeigentümer der Parzellen Nrn. B._____ und/oder F._____. Zu diesem Zweck können jedoch auch ausserhalb des Gewässerraums auf den Parzellen Nrn. B._____ und/oder F._____ – unter Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen – Abstellplätze und Lagermöglichkeiten geschaffen werden. Dem stehen insbesondere auch die standörtlichen Verhältnisse der Parzellen Nrn. B._____ und F._____ nicht entgegen. So bringen die Beschwerdeführenden vor, dass der Grundeigentümer der Parzelle Nr. B._____ im Oktober 2022 ein Baugesuch unter anderem für den Neubau einer Garage eingereicht habe. Der Autounterstand mit Abstellraum im Gewässerraum des E._____ ist folglich nicht standortgebunden. Darüber hinaus liegt der Autounterstand mit Abstellraum auch nicht im öffentlichen Interesse, sondern wird nur privat genutzt. Ein öffentliches Interesse besteht lediglich hinsichtlich der Erschliessung der Parzellen Nrn. H._____, B._____ und F._____ über den brückenartigen Übergang über den E._____. Dieser Übergang soll aber bestehen bleiben. Nach dem Gesagten wäre eine nachträgliche Bewilligung des Autounterstandes mit Abstellraum im Sinne von Art. 41c Abs. 1 Satz 1 GSchV nicht möglich.

g) Zu prüfen ist weiter die Erteilung einer Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 Bst. a oder a^{bis} GSchV. In diesem Zusammenhang ist die Bestimmung im Baureglement der Gemeinde Hilterfingen zum dicht überbauten Gebiet zu berücksichtigen:

Art. 527 Fliessgewässer

⁴ Als dicht überbaut im Sinne von Art. 41a Abs. 4 GSchV gelten der Hünibach zwischen der Staatsstrasse und der Hünibachstrasse sowie der Dorfbach zwischen der Staatsstrasse und der Verbindungsbrücke Bachgasse/Burechgasse. [...]

⁴⁷ BGE 145 II 83 E. 5.1; BVR 2016 S. 222 E. 3.2; VGE 2014/20 vom 26. August 2014 E. 2.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 4. Aufl., Bern 2017, Art. 60 N. 9 und 10 m.w.H.; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 42 m.w.H.

⁴⁸ BGE 146 II 304 nicht publizierte E. 8.2 (vgl. BGer 1C_22/2019, 1C_476/2019 vom 6. April 2020 E. 8.2); vgl. Jeannette Kehrli, a.a.O., S. 541

⁴⁹ BGE 146 II 304 E. 9.2

Daraus folgt, dass sich die Parzelle Nr. F. _____ nicht in einem dicht überbauten Gebiet befindet. Eine Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Bst. a GSchV ist bereits aus diesem Grund ausgeschlossen. Indem die Beschwerdeführenden das Gegenteil behaupten, rügen sie sinngemäss die rechtskräftige Nutzungsordnung der Gemeinde. Art. 527 GBR legt für die konkret genannten Abschnitte des Hünibachs und des Dorfbachs das dicht überbaute Gebiet im Sinne von Art. 41a Abs. 4 GSchV fest. Es handelt sich hierbei um eine zonenspezifische Vorschrift, die nur unter bestimmten Voraussetzungen akzessorisch überprüft werden kann. Es ist vorliegend weder dargetan noch ersichtlich, dass eine wesentliche Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse seit der Genehmigung des Baureglements durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) am 9. Oktober 2014 vorliegt. Die Beschwerdeführenden hatten zudem die Möglichkeit, gegen das Baureglement Einsprache zu erheben. Die nachträgliche Anfechtung des Baureglements bzw. eine akzessorische Prüfung von Art. 527 GBR ist vorliegend demnach ausgeschlossen. Diesbezüglich ist nicht auf die Beschwerde einzutreten.

h) Des Weiteren kann festgehalten werden, dass die Parzelle Nr. F. _____ bereits bebaut ist und es sich dementsprechend nicht um eine einzelne unüberbaute Parzelle handelt. Auch eine Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Bst. a^{bis} GSchV wäre damit ausgeschlossen.

i) Schliesslich kommt hinzu, dass eine Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 Bst. a oder a^{bis} GSchV ohnehin nur erteilt werden könnte, sofern kein überwiegendes öffentliches Interesse wie beispielsweise dasjenige am Hochwasserschutz entgegensteht. Aus dem Bericht der K. _____ AG zum Hochwasserschutz in Hilterfingen vom 25. August 2017⁵⁰ geht hervor, dass beim E. _____ bei Wurzelstöcken ein Verklauungsrisiko von 100% bestehe.⁵¹ Als Hochwasserschutzmassnahme schlug die K. _____ AG beim E. _____ den Abbruch des Hauses und der Brücke sowie den Neubau der Brücke und der Bachsohle vor.⁵² Auch die A. _____ AG geht in ihrer Aktennotiz zum Vorprojekt Wasserbauplan Hünibach, Cholerengraben, Chelligraben vom 1. Oktober 2020⁵³ davon aus, dass beim E. _____ Potenzial für Treibgut besteht und der Durchlass bereits bei einem 30-jährlichen Hochwasserereignis nicht genügend gross sei. Bei seltenen Hochwasserereignissen werde die Zufahrt bereits überströmt und Teile des Schopfes könnten flussabwärts verfrachtet werden. Der bestehende Schopf müsse rückgebaut werden um die Gefahr zu beheben, dass er im Ereignisfall zerlegt und flussabwärts transportiert werde und dort zu erhöhter Verklauungsgefahr führe. Mit dem Abbruch könnten die Hochwasserrisiken, insbesondere die Verklauungsgefahr flussabwärts, ausgehend vom Schopf behoben werden. Beim Verzicht auf einen Abbruch des Schopfs verbleibe die Verklauungsgefahr flussabwärts für das Siedlungsgebiet beim O. _____ weg. Bei einem Umbau des Schopfs in einen offenen, hindernisfrei durchströmbaren Unterstand sei zusätzlich ein Notfallkonzept zu erstellen, damit die Fahrzeuge aus dem Gefahrenbereich entfernt würden. Die Vorwarnzeit sei aber sehr kurz. Aufgrund der Gefahrensituation werde daher ein Abbruch des Schopfs auf dem Durchlass empfohlen. Diese Erkenntnisse hielt die A. _____ AG in zusammengefasster Form auch im Entwurf zum Vorprojekt Hochwasserschutz Hilterfingen, Wasserbauplan Hünibach, Cholerengrabe und Chelligrabe vom 9. Dezember 2020 fest.⁵⁴ Sodann reichte die Gemeinde mit ihrer Beschwerdevernehmlassung eine Stellungnahme der A. _____ AG vom 16. Januar 2023 zur Beschwerde ein. Darin bestätigt die A. _____ AG erneut, dass beim E. _____ ein grosses

⁵⁰ Vgl. pag. 3 der Vorakten

⁵¹ Vgl. Bericht der K. _____ AG zum Hochwasserschutz in Hilterfingen vom 25. August 2017 Anhang A, pag. 3 der Vorakten

⁵² Vgl. Bericht der K. _____ AG zum Hochwasserschutz in Hilterfingen vom 25. August 2017 Anhang C, pag. 3 der Vorakten

⁵³ Vgl. pag. 6 der Vorakten

⁵⁴ Vgl. die Beschwerdeantwortbeilage Nr. 2

Schwemmholtzpotenzial bestehe, bei der Brücke mit Autounterstand mit Treibgut zu rechnen sei und der Durchlass bereits bei einem 30-jährlichen Hochwasserereignis ungenügend sei und daher mit einer teilweisen oder vollständigen Verklauung zu rechnen sei. Dies gelte auch für die Öffnung zwischen der Brückenplatte und der Leitungsquerung. Es sei wahrscheinlich, dass die Rückwand des Schopfes einem Aufstau nicht standhalten und ganz oder teilweise versagen würde. Gegenstände, die sich im Abstellraum oder im Autounterstand befänden, könnten flussabwärts transportiert und an den unterliegenden Brücken zu einer Verklauung führen. Zusammengefasst seien der Unterstand und der Abstellraum aus Hochwasserschutzgründen abzuberechnen.⁵⁵

Die Einschätzungen der K._____ AG sowie der A._____ AG, die über Fachwissen in den Bereichen Wasserbau und Hochwasserschutz verfügen, sind mit Blick auf die vorhandenen Akten insgesamt plausibel und nachvollziehbar. Auf den von den Beschwerdeführenden eingereichten Fotos ist ersichtlich, dass im Autounterstand und im Abstellraum diverse Gegenstände gelagert sind, die von einem Hochwasser mitgerissen werden könnten.⁵⁶ Auch das Wasserbauvorprojekt enthält Fotos. Diese zeigen auf, dass im Bachbett des E._____ kleinere Äste liegen.⁵⁷ Das Foto in der Stellungnahme der A._____ AG vom 16. Januar 2023 zeigt zudem, dass rund um das Bachbett zahlreiche Äste als potentielles Treibgut vorhanden sind.⁵⁸ Aus den öffentlich einsehbaren Karten geht weiter hervor, dass der E._____ sein Einzugsgebiet im Wald hat und das Gebiet ein gewisses Gefälle aufweist. Auf den von den Beschwerdeführenden eingereichten Fotos erscheinen der Durchlass und die Überströmöffnung beim brückenartigen Übergang über den E._____ ausserdem eher klein. Es erscheint daher plausibel, dass bei Gewitter und Starkregen beim E._____ ein Verklauungsrisiko besteht. Kommt es zu einer Verklauung, werden unter anderem die Anwohnerinnen und Anwohner des G._____ wegs 13, 15 und 17 gefährdet, die für den Zugang zu ihren Wohnhäusern auf den Übergang angewiesen sind. Zu berücksichtigen gilt auch, dass der E._____ auf Höhe des O._____ wegs in den P._____ fliesst. Beim O._____ weg befindet sich eine weitere Brücke. Aufgrund des möglichen Treibguts erscheint nicht ausgeschlossen, dass es zu einer Verklauung bei der Brücke O._____ weg oder noch weiter flussabwärts kommen kann. Beim O._____ weg und entlang des P._____ befinden sich zahlreiche Wohnhäuser. Bei einer Verklauung könnten auch die entsprechenden Anwohnerinnen und Anwohner gefährdet werden. In ihrer Stellungnahme vom 1. Mai 2023 räumen die Beschwerdeführenden denn auch selbst ein, dass ein Hochwasser nicht ausgeschlossen werden kann. Insgesamt könnte mit Blick auf das überwiegende öffentliche Interesse am Hochwasserschutz somit auch keine Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 Satz 2 Bst. a oder a^{bis} GSchV erteilt werden.

j) Wie soeben aufgezeigt, könnte der Autounterstand mit Abstellraum nicht gestützt auf Art. 41c Abs. 1 GSchV bewilligt werden. Im Übrigen ist die Baute infolge fehlender Baubewilligung des heutigen bzw. des Zustandes von 1982 oder 1983 auch nicht rechtmässig im Sinne von Art. 41c Abs. 2 GSchV und daher nicht in ihrem Bestand geschützt. Der Autounterstand mit Abstellraum ist damit auch materiell rechtswidrig. Die Gemeinde hat in der angefochtenen Verfügung zu Recht festgehalten, dass die Einreichung eines nachträglichen Baugesuches «ausgeschlossen» sei. Auf die Möglichkeit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, ist in der Wiederherstellungsverfügung nicht hinzuweisen, wenn das Bauvorhaben offensichtlich nicht (nachträglich) bewilligungsfähig ist bzw. wenn die materielle Rechtswidrigkeit einer Baute aufgrund klarer tatsächlicher Verhältnisse eindeutig feststeht. Das Durchlaufen des

⁵⁵ Vgl. die Beschwerdeantwortbeilage Nr. 3

⁵⁶ Vgl. die Beschwerdebeilage Nr. 15

⁵⁷ Vgl. die Beschwerdeantwortbeilage Nr. 2, S. 32

⁵⁸ Vgl. die Beschwerdeantwortbeilage Nr. 3

nachträglichen Baubewilligungsverfahren wäre in diesen Fällen prozessökonomisch nicht zu rechtfertigen.⁵⁹

⁵⁹ BVR 2007 S. 167 E. 4.1; VGE 2016/40 vom 21. April 2017 E. 3.5; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 13 Bst. d

7. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, bis im Jahr 2020 seien sie gutgläubig davon ausgegangen, dass der Autounterstand mit Abstellraum ordnungsgemäss bewilligt worden sei. Die Gemeinde habe durch ihr jahrzehntelanges Nichteinschreiten einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Die Gemeinde hätte beim Strassen- und Wasserbau den Autounterstand schon vor mehreren Jahrzehnten bemerken können. Zudem gelte innerhalb der Bauzone gemäss Bundesgerichtspraxis eine 30-jährige Verwirkungsfrist. Hinzu komme, dass der Autounterstand keine öffentlichen Interessen tangiere. Die im RPG statuierten Ziele und Handlungsgrundsätze wie beispielsweise die haushälterische Nutzung des Bodens und der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet seien nicht mehr betroffen als vorher. Das gelte auch für den Gewässerschutz, zumal aufgrund der örtlichen Verhältnisse eine Gewässerrevitalisierung und ökologische Aufwertung in diesem Bereich langfristig unmöglich seien. Die Ziele des Hochwasserschutzes liessen sich gemäss Aktennotiz der A. _____ AG vom 1. Oktober 2020 auch ohne Abbruch erreichen. Der Abbruch sei unverhältnismässig und die Schutzziele mit mildereren Massnahmen erreichbar. Schliesslich beantragen die Beschwerdeführenden, ohne dies weiter zu begründen, eine allfällige Wiederherstellungsfrist sei auf 6 Monate anzusetzen.

In ihrer Stellungnahme vom 1. Mai 2023 ergänzen die Beschwerdeführenden, im Wasserbauvorprojekt werde explizit zwischen Schopf und Unterstand differenziert. Es werde zudem festgehalten, dass dem Schutzziel Genüge getan werden könne, wenn der Schopf zurückgebaut werde. Die Rückwände der Baute würden aus lose angebrachten Eternittafeln und kleinformigen Holz- und Fensterelementen bestehen, weshalb diese in kleinere Stücke zerfallen und das Verklauungsrisiko gering sei. Die Beschwerdeführenden führen weiter aus, auf Basis der von der Gemeinde eingereichten Dokumente sei ein Hochwasser nicht gänzlich ausgeschlossen. Sie seien deshalb bereit, die Holzwände (Seiten- und Rückwand) des Schopfs und auch die Verschalung der Rückwand des Unterstands abzubauen, soweit sie das gewachsene Terrain überragten («Teilrückbau»). Soweit von den im Schopf gelagerten Sachen eine Gefahr ausgehe, könne dieser mit einer Nutzungsbeschränkung begegnet werden. Hinzu komme, dass bisher nicht substantiiert worden sei, inwieweit Polizeigüter betroffen seien. Die allgemeinen Hinweise, Fahrzeuge und weiteres Material könnten weggespült und flussabwärts zu Verklauungen im dicht überbauten Gebiet führen, genügten als Begründung nicht und seien unzutreffend. Der baurechtswidrige Zustand sei für die Gemeinde im Rahmen von periodischen Gewässerinspektionen, von Sanierungsarbeiten am G. _____ weg und der Zonenplanrevisionen von 1998 und 2014 erkennbar gewesen. Die Gemeinde habe zudem seit 2017 Kenntnis vom behaupteten Hochwasserrisiko. Dass sie nun behaupte, das öffentliche Interesse bedinge einen zeitnahen Abbruch, sei unglaubwürdig.

b) Die Gemeinde erklärt in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 20. Februar 2023, aus bau- und gewässerschutzrechtlicher Sicht sei die Wiederherstellung angezeigt. Die dreissigjährige Verwirkungsfrist gelte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausserhalb der Bauzonen und im Gewässerraum nicht (BGE 147 II 309 sowie Urteil des Bundesgerichts 1C_22/2019 vom 6. April 2020). Zudem habe die Verwirkungsfrist seit jeher dann nicht gegolten, wenn zwingende öffentliche Interessen die Wiederherstellung rechtfertigten. Das Interesse an der Beseitigung rechtswidriger Bauten ausserhalb der Bauzonen und die Durchsetzung des fundamentalen Prinzips der Trennung des Bau- vom Nichtbaugebiet überwiege grundsätzlich das Interesse Privater. Für die Wiederherstellung spreche im Übrigen auch, dass aus Sicht des Hochwasserschutzes nicht auf einen Abbruch verzichtet werden könne. Es mache einen erheblichen Unterschied, ob nur eine (standortgebundene) «Brücke» über dem E. _____ oder auch noch der streitbetroffene Schopf bestehe. Dieser stelle eine zusätzliche Baute dar, die zu einer deutlich intensiveren Nutzung ausserhalb der Bauzone und innerhalb des Gewässerraums führe. Zudem könnten der Schopf und die gelagerten Materialien flussabwärts zu einer

Verklauungsgefahr führen. Die Umwandlung des Schopfs in einen offenen Unterstand funktioniere nur zusammen mit einem Notfallkonzept. Da die Vorwarnzeit gemäss Ausführungen der A._____ AG zu kurz sei, sei diese Variante nicht gleich geeignet wie ein Abbruch. Im Übrigen greife der Vertrauensschutz nicht, da die Beschwerdeführenden keine Dispositionen gestützt auf falsche Auskünfte oder Zusicherungen getroffen hätten.

In ihren Schlussbemerkungen vom 1. Juni 2023 ergänzt die Gemeinde, das private Interesse am Erhalt der umstrittenen Baute sei dem öffentlichen Interesse klar unterzuordnen. Da in den vergangenen Jahrzehnten unzählige Personalwechsel stattgefunden hätte, sei es schwierig, baurechtswidrige Tatbestände festzustellen. Hinzu komme, dass die Baute weder im Grundbuch eingetragen noch aufgrund ihrer Lage gut einsehbar sei.

c) Zunächst ist festzuhalten, dass die A._____ AG entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden nicht konsequent zwischen «Unterstand» und «Schopf» unterscheidet. Aus der Stellungnahme vom 16. Januar 2023 geht hervor, dass die A._____ AG davon ausging, dass die gesamte Baute auf dem brückenartigen Übergang über dem E._____ entfernt werden müsse. Auch aus der angefochtenen Verfügung ergibt sich, dass die Gemeinde die Wiederherstellung für die gesamte Baute anordnete. Die Gemeinde hat zwar nur die Bezeichnung «Schopf» verwendet, aus dem Sachverhalt der Verfügung erschliesst sich jedoch, dass sie aufgrund der genannten Masse (6.00 m x 5.00 m) die gesamte Baute, d.h. den Autounterstand und den Abstellraum meinte. Es ist daher zu prüfen, ob die Wiederherstellungsvoraussetzungen für die gesamte Baute erfüllt sind.

d) Wie vorangehend aufgezeigt, ist der Autounterstand mit Abstellraum formell und materiell rechtswidrig. Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist gross und besteht in der Freihaltung des Gewässerraums sowie im Hochwasserschutz. Der Hochwasserschutz dient der Abwendung von Gefahren für Leib und Leben. Das öffentliche Interesse überwiegt daher die privaten Interessen der Grundeigentümerschaft der Parzelle Nr. B._____, den Abstellraum als Abstellplatz zu nutzen, sei dies nun als Übergangslösung, bis das hängige Baugesuch betreffend die Parzelle Nr. B._____ bewilligt und die Parkplätze auf der Parzelle Nr. B._____ fertiggestellt sein sollten oder als «Dauerlösung» im Falle des Bauabschlages. Ein privates Interesse der Grundeigentümerschaft der Parzelle Nr. B._____ verneinen die Beschwerdeführenden ohnehin ab dem Zeitpunkt, wo die Parkplätze auf der Parzelle Nr. B._____ fertiggestellt sein sollten. Soweit die Beschwerdeführenden selbst den Autounterstand und den Abstellraum nutzen, handelt es sich ebenfalls um ein rein privates Interesse.

e) Der Abbruch des Autounterstandes mit Abstellraum ist ohne Weiteres zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes geeignet. Zudem kann durch einen Abbruch die Verklauungsgefahr bei einem Hochwasser verringert werden. Weiter ist vorliegend weder dargetan noch ersichtlich, dass der Abbruch des Autounterstandes mit Abstellraum und die Entsorgung des Baumaterials weder besonders arbeits- noch kostenaufwändig ist. Mit Blick auf die wichtigen öffentlichen Interessen ist den Beschwerdeführenden der Abbruch zumutbar. Gemäss der Aktennotiz vom 1. Oktober 2020 und dem Vorprojekt Hochwasserschutz Hilterfingen, Wasserbauplan Hünibach, Cholerengrabe und Chelligrabe der A._____ AG vom 9. Dezember 2020 wurden folgende alternative, d.h. mildere Massnahmen im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, geprüft und verworfen:

- Ein Geschieberückhalt benötigt regelmässigen Unterhalt um die Funktion zu erhalten, somit muss dieser jederzeit für entsprechende Fahrzeuge zugänglich sein. Zufahrtswege benötigen viel Platz und sind bei engen Platzverhältnissen schwierig zu realisieren. Die Kosten für einen Geschiebesammler inkl. Zufahrt sind hoch. Gleichzeitig kann im E._____ nicht das gesamte

Material zurückgehalten werden, da das steile Gefälle im Graben entsprechende Volumina nicht zulässt. Somit ist einerseits die Zugänglichkeit kaum realisierbar im E._____ und andererseits ist das Nutzen-Kosten-Verhältnis nicht gegeben.

- Der Abbruch und Neubau einer Brücke ist technisch realisierbar. Die Kosten für einen Neubau sind hoch und das Nutzen-Kosten-Verhältnis kaum gegeben. Des weiteren muss davon ausgegangen werden, dass auf einer neuen Brücke kein Unterstand für Fahrzeuge genehmigt würde.
- Eine wegspülbare Brücke ist keine zu empfehlende Massnahme, da die Gefahr flussabwärts verlagert wird (Verklausungsrisiko).
- Der Abflussquerschnitt des bestehenden Durchlasses kann aus statischen Gründen nicht vergrössert werden.

Ein Umbau des Schopfes als offener Unterstand wäre zwar realisierbar. Da aber die Vorwarnzeit bei Hochwasserereignissen im vorliegenden Einzugsgebiet sehr klein ist, besteht die Gefahr, dass Schopfinhalte zu einer Brückenverklausung flussabwärts führen.⁶⁰

Aus der Aktennotiz vom 1. Oktober 2020 der A._____ AG geht zudem hervor, dass ein Schwemmholzrechen aufgrund des Längsgefälles nicht möglich sei. Weiter prüfte die A._____ AG auch die Möglichkeit eines Staukragens und kam zum Schluss, dass diesfalls die Zufahrt überströmt würde.⁶¹ In ihrer unaufgeforderten Stellungnahme vom 16. Januar 2023 erklärt die A._____ AG, bei einer vollständigen Verklausung des Abflussquerschnittes sei fraglich, ob die Rückwand des Schopfes dem hydrostatischen Druck oder dem Anprall von Schwemmholz standhalten würden. Wahrscheinlicher sei, dass die Rückwand ganz oder teilweise versage. Gegenstände, die sich im Schopf befänden sowie Teile desselben könnten flussabwärts transportiert und an unterliegenden Brücken zu einer Verklausung führen. Es sei davon auszugehen, dass bei dynamischer Überflutung hoher Intensität ein Auto weggespült werden könne. Das Einzugsgebiet sei klein und die Vorwarnzeit für eine Alarmierung extrem kurz. Der Unterstand könne bei einem Ereignis nicht rechtzeitig geleert und das Fahrzeug nicht rechtzeitig weggebracht werden.⁶² In ihrer Stellungnahme vom 16. Januar 2023 bestätigt die A._____ AG, dass beim E._____ ein grosses Schwemmholzpotenzial bestehe, mit Treibgut zu rechnen sei und der Durchlass ungenügend und daher mit einer teilweisen oder vollständigen Verklausung zu rechnen sei. Es sei wahrscheinlich, dass die Rückwand des Schopfes einem Aufstau nicht standhalten und ganz oder teilweise versagen würde. Gegenstände, die sich im Abstellraum oder im Autounterstand befänden, könnten flussabwärts transportiert und an den unterliegenden Brücken zu einer Verklausung führen. Zusammengefasst seien der Unterstand und der Abstellraum aus Hochwasserschutzgründen abzubrechen.⁶³

Die Ausführungen der A._____ AG erscheinen insgesamt nachvollziehbar. Aus den Ausführungen der A._____ AG geht klar hervor, dass die gesamte Baute auf dem brückenartigen Übergang zu entfernen ist und ein «Teiltrückbau» nicht genügt. Das Verklausungsrisiko ist nicht nur auf die Baute an sich, sondern auch auf das Schwemmholzpotenzial und den in der Baute gelagerten Inhalt zurückzuführen. Inwiefern die Baute aus losen Elementen besteht und wie weit diese bei einem Hochwasser allenfalls in Einzelteile zerfallen würden, kann daher offen bleiben. Die A._____ AG hat mehrere Massnahmen überprüft und verworfen (Geschieberückhalt, Abbruch und Neubau der Brücke, wegspülbare Brücke, Vergrösserung des Abflussquerschnittes, Umbau der Baute in einen offenen Unterstand). Die von den Beschwerdeführenden vorgeschlagene Nutzungsbeschränkung wäre kaum kontrollierbar bzw. für die Baupolizeibehörde mit unverhältnismässigem Kontrollaufwand

⁶⁰ Vgl. die Beschwerdeantwortbeilage Nr. 2, S. 33 sowie pag. 6 der Vorakten

⁶¹ Vgl. pag. 6 der Vorakten

⁶² Vgl. die Beschwerdeantwortbeilage Nr. 3, S. 2

⁶³ Vgl. die Beschwerdeantwortbeilage Nr. 3

verbunden. Eine mildere Massnahme als der Abbruch der Baute, mit welcher der Hochwasserschutz gleich gut gewährleistet werden kann, ist insgesamt nicht ersichtlich. Damit ist auch die Erforderlichkeit des Abbruchs gegeben, dieser erweist sich insgesamt als verhältnismässig.

f) Wann der rechtswidrige Zustand für die Gemeinde erkennbar war, kann vorliegend offengelassen werden, da das zwingende öffentliche Interesse am Gewässer- sowie am Hochwasserschutz die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verlangt. Dass die Gemeinde seit 2017 Kenntnis vom Hochwasserschutz hat, jedoch erst im Dezember 2022 die Wiederherstellung verfügte, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich und vermag das zwingende öffentliche Interesse nicht aufzuwiegen. Es liegt zudem auf der Hand, dass die Gemeinde zunächst verschiedene Massnahmen prüfen lassen musste und nicht sofort die Wiederherstellung verfügen konnte. Aus denselben Gründen vermag die frühere Untätigkeit der Gemeinde keinen Vertrauenstatbestand zu begründen. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann die Wiederherstellung vorliegend angeordnet werden, auch wenn der Autounterstand mit Abstellraum 1982 oder 1983 und damit vor ca. 40 Jahren erstellt wurde. Zusammengefasst hat die Gemeinde zu Recht die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes angeordnet.

g) Die Wiederherstellungsfrist muss ebenfalls verhältnismässig sein und soll die zur Vorbereitung und Durchführung der Massnahme notwendige Zeit einräumen. Sie ist so zu bemessen, dass die dazu verpflichtete Person die Wiederherstellung nach allgemeiner Erfahrung bis zum Ablauf der Frist erfüllen kann.⁶⁴ In der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung vom 16. Dezember 2022 hat die Gemeinde eine Wiederherstellungsfrist bis am 31. Mai 2023, d.h. von fünfeneinhalb Monaten angeordnet. Die Beschwerdeführenden beantragen eine Verlängerung der Wiederherstellungsfrist auf sechs Monate, ohne dies konkret zu begründen. Die Gemeinde hat sich in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 20. Februar 2023 nicht weiter dazu geäußert. Die von der Gemeinde angesetzte Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands lief am 31. Mai 2023 ab und ist daher von Amtes wegen neu anzusetzen. Eine Frist von fünfeneinhalb Monaten erscheint angesichts der von den Beschwerdeführenden vorzunehmenden Wiederherstellungsmassnahmen angemessen. Die Frist wird neu angesetzt auf den 15. Dezember 2023.

8. Sistierungsanträge

a) Die Beschwerdeführenden beantragen eventualiter, das Verfahren sei zu sistieren, bis die eidgenössischen Räte über die Standesinitiative des Kantons Wallis vom 22. März 2022 Beschluss gefasst haben. Sie begründen, die Annahme der Standesinitiative sei nicht ausgeschlossen. Die beiden Räte hätten den Motionstext angenommen. Die Gesetzesänderung sei deshalb inhaltlich bereits bestimmt. Würde der Abbruch der umstrittenen Bauten durchgesetzt und die Standesinitiative anschliessend angenommen, würden sie einen erheblichen, nicht wiedergutzumachenden Vermögensverlust erleiden. Weil die Bauten schon seit 40 Jahren bestünden und auch bei einem Hochwasser kein Schadenspotenzial für Dritte vorhanden sei, sei das Verfahren oder zumindest die Durchsetzung des Abbruchs zu sistieren.

Subeventualiter beantragen die Beschwerdeführenden die Sistierung des Beschwerdeverfahrens bis zum Abschluss des Baubewilligungsverfahrens betreffend die Parzelle Nr. B._____. Das Baugesuch beinhalte den Neubau einer Garage. Bei einer Bewilligung sei der Grundeigentümer der Parzelle Nr. B._____ nicht mehr auf den von der Wiederherstellung betroffenen

⁶⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. b und N. 13 Bst. b

Abstellraum als Abstellplatz angewiesen. Sollte ein Umbau zu einem offenen Unterstand anstelle des Abbruchs verfügt werden, könnte dieser gleichzeitig mit dem Bauvorhaben realisiert werden und es würden keine Abstellmöglichkeiten verloren gehen.

b) Die Gemeinde erklärt, eine Sistierung des Verfahrens im Hinblick auf künftiges Recht komme einzig in Frage, wenn eine Rechtsänderung kurz bevorstehe. Die Verfahrenseinstellung bis zum Entscheid über die Standesinitiative sei daher abzulehnen. Es sei noch völlig offen, ob es dereinst zu einer Änderung des Bundesrechts komme. Zudem gehe es um eine Wiederherstellung ohne kostspielige bauliche Massnahmen, was ebenfalls gegen eine Einstellung spreche. Der zeitnahe Abbruch liege auch im öffentlichen Interesse, da bei Hochwasser eine Gefahr bestehe. Auch eine Sistierung bis zum Entscheid über das Baugesuch G. _____weg 15 sei nicht angezeigt. Es liege kein Sistierungsgrund vor. Das Baupolizeiverfahren bzw. Beschwerdeverfahren hänge nicht vom Entscheid über das hängige Baugesuch ab. Über den Abbruch des Schopfs sei unabhängig vom Baugesuch zu befinden. Die Bewilligung der Garage sei keine Voraussetzung für die Rechtmässigkeit des Abbruchs.

c) Gemäss Art. 38 VRPG kann die instruierende Behörde von Amtes wegen oder auf Antrag das Verfahren einstellen, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn im andern Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist. Die Verfahrenseinstellung erfordert einen Sistierungsgrund.⁶⁵ Ein anderes Verfahren gibt einen Sistierungsgrund ab, wenn sein Ausgang für das interessierende Verfahren von präjudizieller Bedeutung ist.⁶⁶ Eine Sistierung kommt praxisgemäss auch in Betracht, wenn eine Rechtsänderung kurz bevorsteht, die für den Verfahrensausgang wesentlich ist. Neue Vorschriften müssen aber beschlossen oder zumindest öffentlich aufgelegt worden sein, um eine Einstellung zu rechtfertigen. Vage Aussichten auf eine Rechtsänderung genügen nicht. Ebenso besteht kein Sistierungsgrund, wenn der Inhalt der Rechtsänderung noch unbestimmt oder deren Inkrafttreten noch nicht absehbar ist.⁶⁷

d) Mit Standesinitiative vom 23. März 2022 hat der Kanton Wallis das Bundesparlament aufgefordert, die Verjährungsfrist ausserhalb der Bauzone bei maximal 30 Jahren anzusetzen, wobei die Kantone auch kürzere Fristen festsetzen können sollen.⁶⁸ In der Folge haben die eidgenössischen Räte den Bundesrat beauftragt, eine Gesetzesvorlage zu erarbeiten, wonach bei widerrechtlich erstellten Bauten ausserhalb der Bauzonen die Pflicht zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach 30 Jahren verwirkt.⁶⁹

Einerseits sind diese Gesetzgebungsbestrebungen vorliegend nur beachtlich, soweit sich die Parzelle Nr. F. _____ überhaupt ausserhalb der Bauzone befindet. Der G. _____weg ist auf dem Zonenplan weiss eingezeichnet. Auf dem Zonenplan weiss eingezeichnete Strassenflächen bilden, soweit sie für einen anderen als für ihren spezifischen Zweck verwendet werden sollen, entweder Teil des Baugebiets oder Teil des Nichtbaugebiets. Es ist aufgrund objektiver Kriterien zu beurteilen, welchem Gebiet eine solche Fläche zuzurechnen ist. Massgebend ist deren Lage, wobei eine parzellenübergreifende, gebietsbezogene Sichtweise zu erfolgen hat. Die weisse Fläche ist der Nutzungszone zuzurechnen, von der sie im Wesentlichen umgeben wird.⁷⁰ Der G. _____weg zweigt vom U. _____weg in Richtung Nordosten ab und führt mehrheitlich durch die Wohnzone 2 E2 und die Wohnzone 1 E1 bis zu den Wohnhäusern auf den Parzellen Nrn. H. _____, B. _____ und F. _____. Der G. _____weg ist in diesem Bereich

⁶⁵ Michel Daum, a.a.O., Art. 38 N. 4

⁶⁶ Michel Daum, a.a.O., Art. 38 N. 5

⁶⁷ Michel Daum, a.a.O., Art. 38 N. 17

⁶⁸ www.parlament.ch, Geschäftsnummer 22.305

⁶⁹ www.parlament.ch, Geschäftsnummer 21.4334

⁷⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 71 N. 6 Bst. a

mehrheitlich von Bauzonen umgeben. Einzig auf den Parzellen Nrn. L. _____, B. _____ und F. _____ und damit auf der relativ kurzen Wegstrecke unmittelbar vor, über und nach dem Chelligrabe befindet er sich neben einer weissen Fläche, die dem Nichtbaugebiet zugeordnet wird. Erfolgt eine parzellenübergreifende, gebietsbezogene Betrachtung, ist der G. _____ weg auf der Parzelle Nr. F. _____ der Bauzone zuzuordnen. Folglich sind die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Bauten ausserhalb der Bauzone und eine allfällige Gesetzesänderung hier bereits aus diesem Grund nicht von Interesse. Hinzu kommt, dass bei zwingenden öffentlichen Interessen – wie sie vorliegend bestehen – eine Wiederherstellung ohnehin auch noch nach 30 Jahren gerechtfertigt sein kann.⁷¹

Andererseits ist der Ausgang der Gesetzgebungsbestrebungen, insbesondere ob überhaupt eine Rechtsänderung erfolgt, noch ungewiss. Die eidgenössischen Räte haben den Bundesrat erst mit Abstimmungen vom 17. März 2022 und 6. Dezember 2022 beauftragt, eine Gesetzesvorlage zu erarbeiten. Legt der Bundesrat der Bundesversammlung einen Erlassentwurf vor, ist nicht ausgeschlossen, dass der Entwurf von der Bundesversammlung oder allenfalls bei einer Referendumsabstimmung abgelehnt wird. Selbst wenn die Gesetzesänderung angenommen würde, ist deren Inkrafttreten zum heutigen Zeitpunkt gänzlich ungewiss. Auch aus diesen Gründen besteht kein Raum für eine Sistierung. Daran vermag auch der von den Beschwerdeführenden geltend gemachte erhebliche Vermögensverlust nichts zu ändern. Jeder Bauentscheid, sei es nun ein Bauentscheid mit kostenverursachenden Auflagen oder ein Bauabschlag, sowie jede Wiederherstellungsverfügung sind grundsätzlich mit Kostenfolgen für die Bauherrschaft verbunden. Da sich das Recht stets im Wandel befindet, kann nie ausgeschlossen werden, dass ein Entscheid oder eine Wiederherstellungsverfügung zu einem späteren Zeitpunkt anders ausfallen könnte. Würde dem Argument der Beschwerdeführenden stattgegeben, könnten theoretisch sämtliche Baubewilligungs- und baupolizeilichen Verfahren nach Belieben sistiert und in einem für die Bauherrschaft günstigen Zeitpunkt wiederaufgenommen werden. Aus demselben Grund ist auch der Antrag der Beschwerdeführenden, wonach zumindest die Durchsetzung eines rechtskräftigen Abbruchentscheids zu sistieren sei (gemeint dürfte wohl die Ersatzvornahme nach Art. 47 BauG sein), unbegründet. Die Sistierung der Durchsetzung des Abbruchs kann vorliegend nicht Streitgegenstand sein. Soweit die Beschwerdeführenden der Wiederherstellungsanordnung nicht nachkommen sollten, hat die Gemeinde die Ersatzvornahme zu verfügen (vgl. Art. 47 Abs. 1 BauG).

Im Übrigen besteht auch kein Sistierungsgrund infolge des hängigen Baubewilligungsverfahrens betreffend die Parzelle Nr. B. _____. Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung kann unabhängig von einem Bauentscheid betreffend die Parzelle Nr. B. _____ beurteilt werden. Auch wird nicht geltend gemacht, dass im Baubewilligungsverfahren betreffend die Parzelle Nr. B. _____ über eine gleiche Rechtsfrage zu befinden ist. Die Interessen der Grundeigentümerschaft der Parzelle Nr. B. _____ konnten auch ohne Abwarten des Bauentscheides berücksichtigt werden. Nach dem Gesagten sind die Eventual- und Subeventualanträge auf Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens abzuweisen.

9. Beweisabnahme

a) Die Beschwerdeführenden beantragen die Durchführung eines Augenscheins, weil die örtlichen Verhältnisse und insbesondere die Hochwassergefährdung nur so umfänglich erfasst und festgestellt werden könnten. Des Weiteren beantragen die Beschwerdeführenden eine Stellungnahme der A. _____ AG, wie die von ihr angewendeten Intensitätskurven im Anhang A des Wasserbauvorprojekts in Relation zu dem Starkregen vom August 2022 und zu den

⁷¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11 Bst. e

Abflüssen bei HQ₃₀ und HQ₁₀₀ stünden. Auch sei eine schriftliche Stellungnahme des AGR einzuholen betreffend die Frage, ob sich das Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone und im dicht überbauten Gebiet befinde oder nicht. Die Beschwerdeführenden beantragen ausserdem, es seien das Gefälle und der Bachquerschnitt bis 3.0 m über der Bachsohle zwischen der E._____brücke und 100 m amont durch den Geometer aufzunehmen und anschliessend das Schwemmholzpotenzial und das Verklauungsrisiko neu zu beurteilen. Zudem sei eine nachvollziehbare hydraulische Berechnung des Hochwasserabflusses beim Durchlass und über der Brücke unter Einbezug des von den Beschwerdeführenden angebotenen Teilrückbaus einzuholen.

b) Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest; sie sind nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden (Art. 18 VRPG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG) verpflichtet aber die Behörden, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese nötig sind für die Klärung des Sachverhalts. Wenn die Behörde bei freier, pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, so kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.⁷²

c) Das Projekt «Hochwasserschutz Hilterfingen, Wasserbauplan Hünibach, Cholerengrabe und Chelligrabe» an sich bildet vorliegend nicht Streitgegenstand. Zu beurteilen waren einzig die Bewilligungsfähigkeit und die Wiederherstellung des Autounterstandes mit Abstellraum auf dem Durchlass E._____. Die für den vorliegenden Entscheid relevanten Verhältnisse sind ohne Weiteres aus den Akten und insbesondere den aussagekräftigen Fotos zu entnehmen. Die Hochwassergefährdung des Durchlasses E._____ ergibt sich nachvollziehbar und schlüssig aus den Berichten der A._____ AG. Weitere oder andere Erkenntnisse wären von den beantragten Beweismassnahmen nicht zu erwarten gewesen. Das gilt insbesondere auch für weitere Erkenntnisse der A._____ AG zum Starkregen vom August 2022. Entscheidend ist nicht die Beurteilung eines einzelnen Ereignisses, sondern die «allgemeine» Hochwassergefährdung. Da sich das Bauvorhaben klar in der Bauzone und nicht in einem dicht überbauten Gebiet befindet, erübrigt sich auch das Einholen entsprechender Stellungnahmen beim AGR. Weil keine mildere Massnahme als der vollständige Abbruch der Baute ersichtlich ist, sind auch keine weiteren Berechnungen im Hinblick auf einen Teilrückbau der Baute einzuholen. Die Beweisanträge der Beschwerdeführenden werden daher abgewiesen.

10. Kosten

Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese wird festgesetzt auf CHF 1000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁷³). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebietet eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden und sie haben grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt wurde. Dies stellt einen besonderen Umstand dar und es rechtfertigt sich, dafür ein Fünftel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 200.– auszuscheiden. Die

⁷² BVR 2017 S. 255 E. 5.1, 2012 S. 252 E. 3.3.3, je mit Hinweisen

⁷³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Beschwerdeführenden haben somit Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 800.– zu tragen. Den Restbetrag von CHF 200.– trägt der Kanton. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 i.V.m. Art. T2-1 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Wiederherstellungsfrist gemäss Dispositiv-Ziff. 3.1. der angefochtenen Verfügung der Gemeinde Hilterfingen vom 16. Dezember 2022 wird von Amtes wegen neu angesetzt auf den 15. Dezember 2023. Im Übrigen wird die angefochtene Verfügung bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 800.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau D._____ und Herrn C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Hilterfingen, Gemeindeverwaltung, 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. 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.