

100.2015.285U
DAM/RAP

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 14. Dezember 2015

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Daum und Verwaltungsrichterin Steinmann
Gerichtsschreiberin Seiler

A. _____

Beschwerdeführer

gegen

Einwohnergemeinde Adelboden

Baupolizeibehörde, Zelgstrasse 3, Postfach 193, 3715 Adelboden

Beschwerdegegnerin

und

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern

Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend Baupolizei; Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands
betreffend Geländekorrektur und Verfahrenskosten (Entscheid der Bau-,
Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 2. September 2015;
RA Nr. 120/2015/37)

Sachverhalt:



A.

Die Baupolizeibehörde der Einwohnergemeinde (EG) Adelboden stellte im November 2011 fest, dass A. _____ auf seiner in der Landwirtschaftszone gelegenen Parzelle Gbbl. Nr. 1. _____ ohne Bewilligung Aushubmaterial hatte zuführen lassen. Sie untersagte ihm deshalb mit Verfügung vom 29. November 2011 die weitere Zufuhr von Material. Am 5. Dezember 2011 fand eine Begehung des Geländes statt. A. _____ erklärte, die begonnene Geländeauffüllung diene der besseren landwirtschaftlichen Bewirtschaftung seiner unebenen Parzelle (Geländekorrektur). Am 16. Dezember 2011 reichte er dafür bei der EG Adelboden ein nachträgliches Baugesuch ein (Umschreibung des Vorhabens: «Landwirtschaftliche Gelände Korrektur mit sauberem Aushubmaterial»). Mit Gesamtentscheid vom 4. September 2012 bewilligte der Regierungsrat des Verwaltungskreises Frutigen-Niedersimmental das Projekt mit Auflagen. Danach muss die Terrainverbesserung innerhalb von zwei Jahren ab Baubeginn fertig gestellt sein.

B.

Am 2. April 2015 wies die Baupolizeibehörde der EG Adelboden A. _____ darauf hin, dass die Arbeiten im Zusammenhang mit der Geländekorrektur auf der Parzelle Nr. 1. _____ bis im Herbst 2014 hätten abgeschlossen sein sollen. Sie forderte ihn deshalb auf, die Arbeiten bis spätestens Ende Mai 2015 abzuschliessen und untersagte die Zuführung von zusätzlichem Material. Da in der Folge weiter Material zugeführt wurde, erliess sie am 28. April 2015 eine sofort wirksame Baueinstellungsverfügung. Am 7. Mai 2015 ordnete sie mit einer Wiederherstellungsverfügung sodann Folgendes an:

- «1. Bis spätestens am 30. Juni 2015 ist der rechtmässige Zustand gemäss den mit Gesamtbauentscheid vom 4. September 2012 bewilligten Plänen herzustellen. Zu diesem Zweck ist das zuviel zugeführte Material abzuführen und einer bewilligten Deponie beizugeben.
2. Nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist wird der Zustand unter Bezug des Vermessungsbüros nachkontrolliert.
3. [Aufbewahren und Vorweisen Entsorgungsnachweise]
4. [Strafandrohung]
5. Die Wiederherstellungsverfügung wird aufgeschoben, wenn der Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Bau- resp. Gewässerschutzbewilligung einreicht.
6. [Androhung Ersatzvornahme]
7. Die Kosten dieser Verfügung sowie die Drittkosten der Kontrolle durch das Vermessungsbüro betragen:

Aufwand Gemeinde	Fr. 300.00
Rechnung C. _____ AG vom 28.04.2015	Fr. 1'171.55
Total	Fr. 1'471.55
- [...]
8. [Rechtsmittelbelehrung]»

C.

Gegen die Wiederherstellungsverfügung vom 7. Mai 2015 erhob A. _____ am 27. Mai bzw. 2. Juni 2015 Beschwerde bei der EG Adelboden, die das Rechtsmittel in der Folge an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) weiterleitete. Die Beschwerde richtete sich gegen die «Zuständigkeit der Bauverwaltung Adelboden» sowie gegen «die von ihr verursachten Fremdkosten [Rechnung Vermessungsbüro] ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei». Nachdem die BVE die beiden anderen Miteigentümerinnen der Parzelle Nr. 1. _____ von Amtes wegen am Verfahren beteiligt hatte, wies sie die Beschwerde mit Entscheid vom 2. September 2015 ab und legte die in der Zwischenzeit abgelaufene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands neu auf den 31. Oktober 2015 fest (Ziff. 1 und 2 des Dispositivs). Die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- auferlegte sie A. _____ (Ziff. 3 des Dispositivs). Parteikosten wurden keine gesprochen (Ziff. 4 des Dispositivs).

D.

Gegen den Entscheid der BVE hat A. _____ am 28. September 2015 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er stellt das Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid samt Kostenaufgabe sei aufzuheben und das Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental sei anzuweisen, das nachträgliche Baugesuch vom 18. Juni 2015 (Eingang bei der EG Adelboden am 19.6.2015) zu prüfen (Umschreibung des Vorhabens: «Gelände Korrektur für landwirtschaftliche Bodenverbesserung mit sauberem Aushubmaterial 600 m³»). Die EG Adelboden hat am 1. Oktober 2015 eine Beschwerdeantwort eingereicht, aber kein Rechtsbegehren gestellt. Die BVE hat mit ihrer Vernehmlassung vom 23. Oktober 2015 ebenfalls darauf verzichtet, einen Antrag zu stellen.

A. _____ hat mit Eingabe vom 26. November 2015 von der Gelegenheit Gebrauch gemacht, sich nochmals zur Sache und insbesondere zum Einreichungszeitpunkt seines nachträglichen Baugesuchs vom 18. Juni 2015 mit den damit verbundenen Auswirkungen auf das Wiederherstellungsverfahren zu äussern. Er beantragt neu im Eventualstandpunkt, das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren sei bis zum Entscheid über das Baugesuch zu sistieren. Die EG Adelboden und die BVE haben sich nicht mehr vernehmen lassen.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Ent-

scheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

2.

2.1 Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung derselben ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, setzt die Baupolizeibehörde der jeweiligen Grundeigentümerschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung wird aufgeschoben, wenn die oder der Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist gegebenenfalls zu prüfen, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann (Art. 46 Abs. 2 Bst. b und c BauG). Bei vollständiger oder teilweiser Bewilligung des Bauvorhabens fällt die Wiederherstellungsverfügung im entsprechenden Umfang dahin. Im Fall des Bauabschlages entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist; sie setzt dafür gegebenenfalls eine neue Frist (Art. 46 Abs. 2 Bst. d und e BauG).

2.2 Wie sich aus diesen Vorschriften ergibt, hat die Baupolizeibehörde das Wiederherstellungsverfahren einzuleiten, wenn sie eine Überschreitung der Baubewilligung feststellt. Die Wiederherstellungsverfügung ist grundsätzlich mit einem Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zu versehen. Von dieser Regel darf nur abgewichen werden, wenn bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden ist oder wenn das Vorhaben offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist (BVR 2007 S. 164 E. 4.1). Mit Art. 46 BauG will der Gesetzgeber eine Koordination zwischen dem nachträglichen Baubewilligungs- und dem

Wiederherstellungsverfahren herbeiführen. Die beiden Verfahren dürfen deshalb grundsätzlich nicht voneinander getrennt werden. Wird ein nachträgliches Baugesuch eingereicht, ist nicht nur über die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens zu entscheiden, sondern gleichzeitig auch über allfällige Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (vgl. BVR 1996 S. 243 E. 2, 1994 S. 241 E. 2).

3.

3.1 Die Gemeinde hat mit ihrer Wiederherstellungsverfügung die gesetzlichen Vorgaben befolgt und dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben, innert 30 Tagen ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Er hat ein entsprechendes Gesuch gestellt (vorne Bst. B und D; Vorakten Gemeinde, act. 5). Zudem hat er bei der BVE die Wiederherstellungsverfügung angefochten (vorne Bst. C). Die Vorinstanz hatte allerdings keine Kenntnis vom nachträglichem Baugesuch: Die Gemeinde hat der Direktion dieses Gesuch weder mit den Vorakten eingereicht noch hat sie es in ihrer Beschwerdeantwort thematisiert, weil sie davon ausging, es sei angesichts der konkreten Vorbringen gegen die Wiederherstellung nicht von Bedeutung (act. 3, S. 2). Die BVE ging deshalb zu Unrecht davon aus, der Beschwerdeführer habe kein nachträgliches Baugesuch gestellt (angefochtener Entscheid, Ziff. 2 des Sachverhalts sowie E. 4b).

3.2 Aus der Verfahrensordnung von Art. 46 BauG folgt, dass grundsätzlich kein Raum zum Erlass von Wiederherstellungsmassnahmen besteht, solange das nachträglich eingereichte Baugesuch noch hängig und nicht behandelt ist (vgl. VGE 19040 vom 24.3.1994, E. 6, 18341 vom 12.11.1991, E. 2a). Wird im Nachgang zu einer Wiederherstellungsverfügung ein sachlich damit zusammenhängendes nachträgliches Baugesuch eingereicht, ist mit anderen Worten zuerst über dieses Baugesuch zu entscheiden, bevor über die angeordneten baupolizeilichen Massnahmen befunden werden darf (VGE 17757 vom 28.8.1989, E. 2c; vgl. auch VGE 19702 vom 3.12.1996, E. 4b). Damit wird letztlich auch die im Gesetz angelegte Koordination zwischen dem nachträglichem Baubewilligungs- und dem Wiederherstellungsverfahren erreicht (vorne E. 2.2).

3.3 Nach Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG wird die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde, in der wie im vorliegenden Fall auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hingewiesen wird (vorne Bst. B), allerdings nur (vorläufig) aufgeschoben, wenn das Gesuch innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung eingereicht wird (BVR 1998 S. 376 E. 3; VGE 2010/113 vom 23.1.2012, E. 4.1, 23088 vom 1.2.2008, E. 4.4; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 46 N. 16). Verfügungen und Entscheide werden grundsätzlich mit eingeschriebener Post oder mit gerichtlicher Urkunde eröffnet (Art. 44 Abs. 1 und 2 VRPG). Eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift der Adressatin oder des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, gilt gemäss Art. 44 Abs. 3 VRPG spätestens am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (sog. Zustellfiktion). – Die Wiederherstellungsverfügung vom 7. Mai 2015 wurde per Einschreiben versendet und dem Beschwerdeführer am 11. Mai 2015 zur Abholung gemeldet mit Frist bis am 18. Mai 2015. Dies entspricht mithin dem Ende der siebentägigen Frist nach dem ersten Zustellungsversuch (vgl. Beleg Sendungsverfolgung vom 28.5.2015; Vorakten Gemeinde, act. 5). Die Frist von 30 Tagen zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs endete folglich am 17. Juni 2015 (vgl. Art. 41 VRPG). Das nachträgliche Baugesuch ist auf den 18. Juni 2015 datiert und ging am 19. Juni 2015 bei der Gemeinde ein (vgl. act. 3A/a); es wurde damit nicht fristgerecht gestellt. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer die Wiederherstellungsverfügung nach Ablauf der siebentägigen Frist am 20. Mai 2015 doch noch entgegengenommen hat (Vorakten Gemeinde, act. 5), denn die Zustellung wird dadurch nicht hinausgeschoben (vgl. BGE 127 I 31 E. 2a/aa und 2b; Jean-Maurice Frésard, in Commentaire de la LTF, 2^{ème} éd. 2014, Art. 44 N. 13). Der Beschwerdeführer stellt sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren denn auch nicht auf den Standpunkt, er habe das nachträgliche Baugesuch innerhalb von 30 Tagen und damit rechtzeitig eingereicht; vielmehr geht er selber vom Gegenteil aus (vgl. act. 7, S. 2 Rz. 3.8).

3.4 Das nachträgliche Baugesuch vom 18. Juni 2015 hat die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde somit nicht im Sinn von Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG aufgeschoben. Das heisst allerdings nicht, dass es für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unbeachtlich ist. Wird das

Gesuch wie hier erst in einem späteren Stadium des Wiederherstellungsverfahrens eingereicht, kann die Rechtsmittelinstanz nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts entweder das Beschwerdeverfahren einstellen, bis über das Gesuch entschieden ist, oder aber die Bewilligungsfähigkeit des Gesuchs summarisch prüfen und dem Ergebnis im Rahmen der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung Rechnung tragen (BVR 1998 S. 376 E. 3). Es widerspräche dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wenn der Beschwerdeführer verpflichtet würde, bauliche Massnahmen rückgängig zu machen, die auf späteres Gesuch hin bewilligt werden könnten (vgl. BVR 2000 S. 416 E. 3a; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a).

3.5 Die BVE hat in Unkenntnis des nachträglichen Baugesuchs über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands entschieden und dafür eine neue Frist angesetzt (vorne Bst. C und E. 3.1). Auch wenn ihr dies nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, erweist sich der angefochtene Entscheid nach dem Gesagten als rechtsfehlerhaft. Das nachträgliche Baugesuch muss im Beschwerdeverfahren gegen die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde berücksichtigt werden, auch wenn es verspätet eingereicht worden ist. Es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts, als letzte kantonale Instanz erstmals über die Auswirkungen des Gesuchs auf die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen zu befinden. Diese Aufgabe obliegt vielmehr der BVE, wobei es ihr überlassen bleibt zu entscheiden, wie sie das Beschwerdeverfahren fortsetzen will (vgl. E. 3.4 hiavor).

3.6 Im Ergebnis ist die Beschwerde unter Aufhebung des angefochtenen Entscheids gutzuheissen. Die Sache ist zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der vorstehenden Erwägungen an die BVE zurückzuweisen. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, über das Eventualbegehren des Beschwerdeführers auf Sistierung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu entscheiden (vorne Bst. D). Die Vorinstanz wird mit ihrem Entscheid auch neu über die vom Beschwerdeführer beanstandeten Kosten des Wiederherstellungsverfahrens zu befinden haben. Das Verwaltungsgericht muss sich im jetzigen Verfahrensstadium dazu nicht abschliessend äussern. Immerhin ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass er diese Kosten verursacht und damit grundsätzlich zu tragen hat, selbst wenn sein

Vorhaben nachträglich bewilligt werden sollte (Verursacherprinzip; vgl. dazu allgemein BVR 2014 S. 297, nicht publ. E. 7.1 [VGE 2012/65/66 vom 16.4.2014]; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 107 N. 1). Der entsprechende Aufwand wäre nicht entstanden, wenn er vor Ausführung bzw. Fortsetzung der Geländekorrektur vorschriftsgemäss eine Baubewilligung eingeholt hätte (Art. 1a Abs. 3 BauG, Art. 2 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]; vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 17). Was die Höhe der Gebühr angeht, insbesondere im Zusammenhang mit dem von der Gemeinde beigezogenen Vermessungsbüro (vorne Bst. B), wäre es am Beschwerdeführer aufzuzeigen, inwiefern die Ausführungen der BVE unzutreffend sein sollen (vgl. angefochtener Entscheid, E. 3). Kosten für besondere technische Untersuchungen gelten als Auslagen, die zur Gebühr für die baupolizeilichen Verrichtungen der Gemeinde hinzugeschlagen werden können (Art. 51 Abs. 2 BewD; vgl. auch Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 33a N. 2).

4.

Bei diesem Prozessausgang wird die Gemeinde, die am Wiederherstellungsverfahren als notwendige Partei beteiligt ist, an sich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Da sie nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, können ihr jedoch keine Kosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die BVE hat nach der gleichen Bestimmung ebenfalls keine Verfahrenskosten zu tragen, zumal ihr keine Fehlleistung vorgeworfen werden kann. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind daher keine Kosten zu erheben. Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 und Art. 104 VRPG). Die Neuverlegung der im vorinstanzlichen Verfahren entstandenen Kosten wird Sache der BVE sein (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 5).

5.

Gegen das vorliegende Urteil steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]). Da es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG handelt (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3, 133 V 477 E. 4.2), ist die Beschwerde aber nur zulässig, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 2. September 2015 aufgehoben. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - der Beschwerdegegnerin
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
 - dem Bundesamt für Raumentwicklungund mitzuteilen:
 - D. _____
 - E. _____
 - dem Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.