

100.2015.7U  
STE/COZ/SRE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 14. August 2015**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Steinmann  
Gerichtsschreiberin Conrad

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt ...  
Beschwerdeführer

gegen

**Einwohnergemeinde Brienz**  
Baupolizeibehörde, Gemeindeverwaltung, Postfach 728, 3855 Brienz  
Beschwerdegegnerin

und

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern**  
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend Baupolizei; Ersatzvornahme (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und  
Energiedirektion des Kantons Bern vom 10. Dezember 2014;  
RA Nr. 120/2014/40)



## Sachverhalt:

### A.

Mit Gesamtentscheid vom 9. Dezember 2011 verweigerte das Regierungsstatthalteramt (RSA) Interlaken-Oberhasli A. \_\_\_\_\_ die nachträgliche Rodungs- und Baubewilligung für die Zufahrtsstrasse zu seinem Grundstück (Brienz Gbbl. Nr. 1. \_\_\_\_\_) auf der im Eigentum der Schwellenkorporation Aareboden stehenden Parzelle Brienz Gbbl. Nr. 2. \_\_\_\_\_ und verpflichtete ihn, unter Androhung der Ersatzvornahme, zu folgenden Wiederherstellungsmassnahmen:

«[...]

2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

Die Bauherrschaft wird verpflichtet,

- die widerrechtlich erstellte Zufahrt auf der Nordseite der Halle auf der Parzelle Brienz Gbbl. Nr. 2. \_\_\_\_\_ innerhalb von 6 Monaten nach Rechtskraft dieses Entscheides zurückzubauen und das Gelände in den ursprünglichen Zustand zu versetzen.
- das Gelände nach Weisung und unter Aufsicht der Waldabteilung 1 Oberland Ost mit standortheimischen Waldbäumen und -sträuchern innerhalb von 12 Monaten nach Rechtskraft des Entscheides wieder aufzuforsten.

[...]»

Der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalters wurde am 7. Januar 2013 vom Verwaltungsgericht (VGE 2012/164) und am 17. September 2013 vom Bundesgericht (BGer 1C\_182/2013) bestätigt.

### B.

Nachdem die Wiederherstellungsfrist unbenutzt abgelaufen war, teilte die Einwohnergemeinde (EG) Brienz A. \_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 15. August 2014 u.a. mit, dass sie am 6. Oktober 2014 mit der Ersatzvornahme beginnen werde, indem ein beauftragtes Unternehmen auf seine Kosten die widerrechtlich erstellte Zufahrt zurückbauen und das Gelände in den ursprünglichen Zustand versetzen werde. Anschliessend habe er die mit dem Rückbau in direktem Zusammenhang stehende Aufforstung bis

Ende Oktober 2014 zu vollziehen; andernfalls werde die Gemeinde Anfang November auch insofern zur Ersatzvornahme schreiten.

**C.**

Gegen die Vollstreckungsverfügung der Gemeinde erhob A. \_\_\_\_\_ Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Diese wies das Rechtsmittel mit Entscheid vom 10. Dezember 2014 ab.

**D.**

Dagegen hat A. \_\_\_\_\_ am 9. Januar 2015 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit folgenden Anträgen:

- «1. Der Entscheid vom 10. Dezember 2014 der Vorinstanz und damit verbunden auch die Verfügung vom 15. August 2014 der Einwohnergemeinde Brienz seien aufzuheben.
2. Eventualiter: Im Falle der Abweisung der Beschwerde seien die Fristen der Verfügung vom 15. August 2014 bzw. des Entscheids vom 10. Dezember 2014 neu festzusetzen.
3. Verfahrensantrag: Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei zu sistieren bis zu einem rechtskräftigen Entscheid über das vom Beschwerdeführer eingeleitete rückwirkende Waldfeststellungsverfahren, zurzeit hängig bei der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen ->

Die EG Brienz beantragt mit Beschwerdeantwort vom 4. Februar 2015, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, und ihre Verfügung vom 15. August 2014 sei zu bestätigen. Die BVE schliesst mit Vernehmlassung vom 22. Januar 2015 auf Abweisung der Beschwerde. A. \_\_\_\_\_ hat sich am 12. März 2015 nochmals zur Sache geäußert und an seinen Anträgen festgehalten.

Mit Zwischenverfügung vom 23. März 2015 hat die Instruktionsrichterin den Sistierungsantrag von A. \_\_\_\_\_ abgewiesen.

## **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 Entscheid 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.**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vollstreckung der Wiederherstellungsverfügung sei unmöglich, weil deren Gegenstand und Umfang nicht genügend bestimmt seien. Es sei unklar, welcher «ursprüngliche Zustand» wiederhergestellt werden müsse.

**2.1** Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Anordnung der Ersatzvornahme, d.h. eine Vollstreckungsverfügung. Die ihr zugrunde liegende Sachverfügung (hier: Wiederherstellungsverfügung) ist letztinstanzlich vom Bundesgericht bestätigt worden und damit rechtsbeständig geworden (vorne Bst. A); sie kann grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden. Vorbehalten bleibt das jederzeit mögliche Geltendmachen von Nichtigkeitsgründen. Nichtigkeit ist allerdings nur dann anzunehmen, wenn ein Mangel besonders schwer wiegt, offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet würde (sog. Evidenztheorie; vgl. BGE 139 II 243 E. 11.2; BVR 2012 S. 481 E. 2.4 mit Hinweisen;

Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 55 ff.). Im Übrigen kann gegen eine Ersatzvornahmeverfügung nur geltend gemacht werden, was nicht schon gegen die Wiederherstellungsverfügung vorgebracht werden konnte. Namentlich kann noch gerügt werden, es fehle an den Voraussetzungen für die Ersatzvornahme oder diese sei rechtswidrig, z.B. weil sie über das in der Wiederherstellungsverfügung Angeordnete hinausgeht (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 49 N. 4 Lemma 4). Die Voraussetzungen der Ersatzvornahme sind die Vollstreckbarkeit der Wiederherstellungsverfügung, deren Nichterfüllung durch die verpflichtete Person, die Eignung der Verfügung zur ersatzweisen Vollstreckung und die vorherige Androhung der Ersatzvornahme (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 3). Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, bestreitet der Beschwerdeführer zu Recht nicht. Hingegen macht er geltend, die Ersatzvornahme sei nicht durchführbar, weil die zu vollziehende Anordnung zu unbestimmt gefasst sei.

**2.2** Die Wiederherstellungsverfügung vom 9. Dezember 2011 lautet auf Rückbau der Zufahrtsstrasse und Wiederherstellung sowie Wiederaufforstung des Geländes (vorne Bst. A). Damit wurde verbindlich festgelegt, inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Rüge des Beschwerdeführers richtet sich gegen diese Anordnung und damit gegen die Wiederherstellungsverfügung; unter Vorbehalt der Nichtigkeit dieser Verfügung ist sie verspätet, wie die BVE zutreffend erwogen hat (angefochtener Entscheid, E. 2c). Auch wenn der Beschwerdeführer der Meinung ist, es sei nicht seine Aufgabe gewesen, im Wiederherstellungsverfahren für einen «korrekten» Entscheid zu sorgen, ändert dies nichts daran, dass inhaltliche Einwände gegen die Sachverfügung im Vollstreckungsstadium grundsätzlich ausgeschlossen sind. Da die Wiederherstellungsverfügung im Weiteren nicht an den vom Beschwerdeführer behaupteten Mängeln leidet, kann von Nichtigkeit keine Rede sein:

**2.2.1** Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers hat nicht die Schwellenkorporation mit ihrer Einsprache gegen das nachträgliche Baugesuch den Umfang der Wiederherstellungspflichten definiert, sondern die Baupolizeibehörde, welche den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes

wegen festzustellen hatte (Art. 46 BauG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 VRPG). Das RSA (und die Rechtsmittelinstanzen) haben für den rechtmässigen (bzw. «ursprünglichen») Zustand auf die Baubewilligung vom 27. November 1985 für den Neubau eines landwirtschaftlichen Lager- und Einstellraums auf dem nördlichen Teil des Grundstücks des Beschwerdeführers abgestellt, mit der eine forstliche Näherbaubewilligung unter Auflagen erteilt worden war (Gesamtentscheid vom 9.12.2011, Vorakten Gemeinde, act. 3C, pag. 239 ff., insb. pag. 247). Massgebender Zeitpunkt für den wiederherzustellenden Ausgangszustand ist folglich der 27. November 1985 und nicht – wie der Beschwerdeführer hartnäckig behauptet – das Jahr 1995. Dass er weder aus der Aktennotiz vom 30. November 1995 noch aus der Tatsache, dass die Gemeinde den Zustand vorläufig tolerierte, etwas zu seinen Gunsten ableiten kann, wurde bereits im Wiederherstellungsverfahren verbindlich entschieden. Nichtigkeitsgründe in diesem Punkt sind weder ersichtlich noch geltend gemacht.

**2.2.2** Da «ein Zeitpunkt vor dem 30. November 1995» nicht relevant ist, sind die nachträglich vom Beschwerdeführer beigebrachten Beweismittel dafür, dass die Zufahrtstrasse nach 1995 nicht mehr wesentlich verändert worden sei (Schreiben des ehemaligen Vizepräsidenten der Schwellenkorporation vom 30.10.2013; eidesstattliche Erklärung eines Notars vom 11.7.2014; Beschwerde, S. 9 f.), von vornherein unbehelflich; die BVE musste ihnen keine weitere Beachtung schenken. Dasselbe gilt für das nachträgliche Waldfeststellungsverfahren, das der Beschwerdeführer für den Zustand im Jahr 1995 bzw. vor dem 30. November 1995 eingeleitet hat (vgl. Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern [VOL] vom 15.5.2015, act. 8). Die BVE hat den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör somit nicht verletzt.

**2.2.3** Anders als der Beschwerdeführer meint, ergibt sich aus der Wiederherstellungsverfügung, die Bezug auf die Baubewilligung vom 27. November 1985 nimmt, auch der flächenmässige Umfang der Wiederherstellungspflicht: Die Nachbarparzelle Nr. 2. \_\_\_\_\_ war bis an die Parzellengrenze zum Grundstück des Beschwerdeführers bewaldet; insgesamt wurden 324 m<sup>2</sup> rechtswidrig gerodet (vgl. zum Ganzen VGE 2012/164 vom 7.1.2013, E. 3.2, 5 f., bestätigt durch BGer 1C\_182/2013 vom 17.9.2013,

E. 3 f.). Die Einwände des Beschwerdeführers gegen diese Feststellung (Mitverantwortung der Schwellenkorporation, Ablagerungen, Fehlen von Bäumen) sind verspätet und stellen keine Nichtigkeitsgründe dar (vorher E. 2.1).

**2.3** Soweit der Beschwerdeführer schliesslich mit Eventualbegehren beantragt, es sei eine neue Frist anzusetzen, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Die BVE hat die Gemeinde bereits aufgefordert, ihm den Zeitpunkt der Ersatzvornahme mitzuteilen, sobald die Verfügung vom 15. August 2014 in Rechtskraft erwachsen ist (angefochtener Entscheid, Ziff. III/2). Für zusätzliche Anordnungen besteht kein Anlass.

### **3.**

**3.1** Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. Über solche Beschwerden entscheidet das Gericht in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

**3.2** Bei diesem Verfahrensausgang unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei der Beschwerdegegnerin sind keine Parteikosten angefallen (Art. 104 Abs. 1 VRPG); ihr kommt ohnehin kein Ersatzanspruch zu (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 4 VRPG).

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'500.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - dem Beschwerdeführer
  - der Beschwerdegegnerin
  - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber i.V.:

#### **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.