

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 27. Februar 2017

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Steinmann, Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiberin Barben

A. _____ AG
handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Rechtsanwalt ... und Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführerin

gegen

1. **B. _____**
2. **C. _____**
beide vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdegegnerschaft

und

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

sowie

Einwohnergemeinde Rubigen
handelnd durch den Gemeinderat, Worbstrasse 34, Postfach 192,
3113 Rubigen

betreffend Baupolizei; Betrieb Kieswerk Rubigen (Entscheid der Bau-,
Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 1. Februar 2016;
RA Nr. 120/2015/25)



Sachverhalt:

A.

Die A._____ AG betreibt seit Ende der 1950er-Jahre ein Kieswerk auf dem Gebiet der Einwohnergemeinde (EG) Rubigen. Die Kies- und Sandaufbereitungsanlage wurde am 13. Mai 1958 bewilligt; der Kiesabbau erfolgt gestützt auf verschiedene Bau- und Gewässerschutzbewilligungen. Im Jahr 2011 gelangten B._____ und C._____, Eigentümerin und Eigentümer der Parzelle Rubigen Gbbl. Nr. 1___ am D._____weg, an die EG Rubigen und beklagten sich über unzumutbare Staub- und Lärmbelastungen aus dem Betrieb der benachbarten Kiesgrube. Die Gemeinde eröffnete ein baupolizeiliches Verfahren betreffend die Parzellen Gbbl. Nrn. 2___ und 3___ (Bodeweid), Nr. 4___ (Hubelacher), Nr. 5___ (Bluemisberg) und Nr. 6___ (neues Riedgässli), holte beim Amt für Wasser und Abfall des Kantons Bern (AWA) und beim Amt für Berner Wirtschaft (beco) Fachberichte sowie bei der B+S AG ein Lärmgutachten ein und schloss das Verfahren mit Verfügung vom 24. Februar 2015 ab. Sie verpflichtete die A._____ AG einerseits, bis spätestens am 31. August 2015 mit einem schriftlichen Konzept zu zeigen, mit welchen Massnahmen sie die im Lärmgutachten festgestellten übermässigen Lärmimmissionen bei den Liegenschaften am D._____weg reduzieren wolle, und andererseits, innerhalb weiterer drei Monate diese Massnahmen umzusetzen. Im Übrigen stellte die Gemeinde fest, dass das Kieswerk mit Kiesabbaustelle und Aufbereitungsplatz für Recyclingbaustoffe baurechtskonform sei.

B.

Gegen diese Verfügung erhoben B._____ und C._____ am 31. März 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Nachdem das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland für die Folgenutzung im Gebiet Bluemisberg am 29. September 2015 eine (nachträgliche) Bewilligung ausgestellt hatte, schrieb die BVE das Verfahren mit Entscheid vom 1. Februar 2016 insoweit als gegen-

standslos geworden ab. Im Übrigen hiess sie die Beschwerde gut, hob die Verfügung der EG Rubigen vom 24. Februar 2015 auf und wies die Sache an die Gemeinde zurück zur Fortsetzung des Wiederherstellungsverfahrens im Sinn der Erwägungen.

C.

Gegen den Entscheid der BVE hat die A. _____ AG am 2. März 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, Ziff. 2-4 des Entscheids (Rückweisung und Kostenverlegung) seien in Bestätigung der Verfügung der EG Rubigen aufzuheben.

B. _____ und C. _____ stellen mit Beschwerdeantwort vom 29. April 2016 den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Zudem haben sie als vorsorgliche Massnahme beantragt, es sei die Einstellung der baubewilligungspflichtigen Tätigkeiten auf den Parzellen Nrn. 3___, 4___ und 2___ anzuordnen. Die EG Rubigen schliesst mit Stellungnahme vom 7. April 2016 sinngemäss auf Gutheissung der Beschwerde. Die BVE beantragt mit Vernehmlassung vom 17. März 2016 Beschwerdeabweisung. Mit Replik vom 17. Juni 2016 hält die A. _____ AG an ihren Rechtsbegehren fest.

Mit Verfügung vom 27. Juni 2016 hat die Instruktionsrichterin das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerschaft haben sich mit Eingaben vom 23. und 30. Januar 2017 zum Fortschritt des Kiesabbaus im Gebiet Bodeweid/Hubelacher geäussert.

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. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung; sie ist daher zur Beschwerde befugt (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Was der Rechtsmittelverzicht der Gemeinde daran ändern sollte, ist entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerschaft nicht ersichtlich. Die Gemeinde ist im Übrigen als Baupolizeibehörde im Wiederherstellungsverfahren notwendige Partei (statt vieler BVR 2016 S. 222 E. 4.2); sie wäre also auch dann am Verfahren zu beteiligen, wenn sie keine Anträge gestellt hätte. Damit ist sichergestellt, dass sich die Wirkung des Urteils auch auf sie erstreckt.

1.2 Angefochten ist ein Rückweisungsentscheid, in welchem die BVE zum Schluss gekommen ist, es liege ein baurechtswidriger Zustand vor, und die Akten zur Fortsetzung des Wiederherstellungsverfahrens an die Gemeinde zurückgewiesen hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) stellt ein Rückweisungsentscheid einen Zwischenentscheid dar, selbst wenn damit über materielle Teilaspekte der Streitsache entschieden wird; anders verhält es sich nur, wenn der unteren Instanz, an welche die Sache zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr verbleibt und die Rückweisung nur noch der (rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient. In diesem Fall liegt in Wirklichkeit ein Endentscheid vor (BGE 134 II 124 E. 1.3 mit Hinweisen). In einem neuen Leiturteil hat das Verwaltungsgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 90 ff. BGG – mit hier nicht interessierenden Ausnahmen – auf Art. 61 VRPG übertragen (VGE 2014/7/8 vom 7.11.2016 [zur Publ. bestimmt]). Da der Gemeinde bei der Anordnung allfälliger Wiederherstellungsmassnahmen ein weiter Spiel-

raum verbleibt, stellt der angefochtene Entscheid einen Zwischenentscheid im Sinn der Rechtsprechung dar. Ein solcher ist beim Verwaltungsgericht gemäss Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 3 VRPG nur selbständig anfechtbar, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Bst. a) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b; statt vieler BVR 2012 S. 558 [VGE 2011/324 vom 16.5.2012] nicht publ. E. 1.2). Letzteres ist hier der Fall, zumal das Verwaltungsgericht keine allzu hohen Anforderungen an den Aufwand stellt, der mit der sofortigen Herbeiführung eines Endentscheids eingespart werden könnte (VGE 2014/7/8 vom 7.11.2016 E. 3.4). Würde der Kiesabbau als baurechtskonform beurteilt, erübrigte sich sowohl das Wiederherstellungs- als auch ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren (allenfalls mit Umweltverträglichkeitsprüfung). Der Zwischenentscheid der BVE ist daher selbständig anfechtbar. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

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

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die BVE sei zu Unrecht auf die Beschwerde der heutigen Beschwerdegegnerschaft eingetreten. Vom Kiesabbau im Gebiet Bluemisberg sei die Beschwerdegegnerschaft nicht besonders betroffen, weil der dazwischen liegende Bollholzwald Lärmimmissionen auf ihr Grundstück verhindere. Und das Gebiet Bodeweid werde derzeit zum grössten Teil wieder aufgefüllt und sei teilweise bereits rekultiviert; eine Verzögerung dieser Arbeiten sei nicht im schutzwürdigen Interesse der Beschwerdegegnerschaft. Die BVE habe zudem die Begründungspflicht verletzt, indem sie sich zur Legitimation betreffend das Gebiet Bodeweid nicht geäussert habe.

2.2 Der Anzeigerin oder dem Anzeiger, die oder der als Nachbarin oder Nachbar betroffen ist, ist im Wiederherstellungsverfahren Gelegenheit zur

Teilnahme als Partei einzuräumen (Art. 46 Abs. 2 Bst. a des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 46 N. 2a, Art. 35-35c N. 17a). Die Legitimation von Nachbarinnen und Nachbarn hängt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon ab, ob und inwiefern die bewilligte Anlage bzw. die festgelegte Nutzung sich nachteilig auf ihr Grundstück auswirken kann. Ein Kriterium für die Beurteilung der Beschwerdebefugnis von Nachbarinnen und Nachbarn ist die räumliche Nähe von deren Grundstück zum umstrittenen Vorhaben. Nach der bundes- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sind Nachbarinnen und Nachbarn bis zu einem Abstand von etwa 100 m zur Beschwerde legitimiert. Allerdings ergibt sich die Legitimation nicht allein aus der räumlichen Nähe, sondern erst aus einer daraus herrührenden besonderen Betroffenheit. Eine solche wird vor allem in Fällen bejaht, in welchen von einer Anlage mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit Emissionen auf das Nachbargrundstück ausgehen (zum Ganzen BVR 2013 S. 343 E. 4.1 f., 2011 S. 498 E. 2.3 f., 2006 S. 261 E. 2.2; BGE 140 II 214 E. 2.3, 137 II 30 E. 2.2.2 f., 136 II 281 E. 2.3.1).

2.3 Das Grundstück der Beschwerdegegnerschaft liegt unbestrittenermassen rund 60 m von der Kiesgrube in der Bodeweid entfernt, es besteht direkter Sichtkontakt und die Liegenschaft ist von Lärm- und Staubimmissionen betroffen. Die Beschwerdegegnerschaft war damit zweifellos zur Beschwerde an die BVE befugt. Dass die Abbauarbeiten im Gebiet Bodeweid vor dem Abschluss stehen, ändert daran nichts; die Wiederauffüllung und Rekultivierung und damit die Auswirkungen auf das Grundstück der Beschwerdegegnerschaft werden noch längere Zeit andauern. Dass sich die BVE angesichts der klaren Verhältnisse nicht ausdrücklich zur Beschwerdelegitimation betreffend das Gebiet Bodeweid geäussert hat, bedeutet keine Verletzung der Begründungspflicht.

2.4 Betreffend das Gebiet Bluemisberg ist das Verfahren vor der BVE durch die Bewilligung des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 29. September 2015 gegenstandslos geworden (vorne Bst. B). Wäre auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten gewesen, hätte dies höchstens als besonderer Umstand im Sinn von Art. 108 VRPG zu einer abweichenden Verlegung der darauf entfallenden Verfahrens- und Parteikosten vor

der BVE führen können (vgl. Abschreibungsverfügung im Verfahren 100.2014.140 vom 4.11.2014 E. 2.3.4). Dies jedoch nur dann, wenn es angezeigt gewesen wäre, für den formell erledigten Teil tatsächlich einen separaten Kostenanteil auszuscheiden. Das ist nicht der Fall. Die Legitimation betreffend das Gebiet Bluemisberg ist daher zufolge Gegenstandslosigkeit nicht mehr näher zu prüfen. Der angefochtene Entscheid ist formell nicht zu beanstanden.

3.

Materiell streitig und zu prüfen ist zunächst, ob der Kiesabbau im Gebiet Bodeweid und Hubelacher auf den Parzellen Nrn. 2___, 3___ und 4___ baurechtskonform ist. Dabei ist von folgenden rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen auszugehen:

3.1 Wie die BVE zutreffend ausgeführt hat, gehören Materialentnahmestellen wie Steinbrüche, Kies- und Lehmgruben zu den baubewilligungspflichtigen Bauvorhaben im Sinn von Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700; in Kraft seit 1.1.1980) und Art. 1a BauG (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 18 Bst. c). Eine Baubewilligungspflicht nach kantonalem Recht besteht jedenfalls seit dem Inkrafttreten des alten Baugesetzes vom 7. Juni 1970 (aBauG; GS 1970 S. 163) am 1. Januar 1971 (Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBauG, Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 Bst. c des alten Dekrets vom 10. Februar 1970 über das Baubewilligungsverfahren [aBewD; GS 1970 S. 19]). Zuvor waren die Gemeinden ermächtigt, Vorschriften über die Art der Anlage und die Ausbeutung von Steinbrüchen, Kies- und Lehmgruben sowie von Abfall- und Materialablagerungsplätzen zu erlassen (Art. 5 Ziff. 12 des Gesetzes vom 26. Januar 1958 über die Bauvorschriften [GS 1958 S. 12; in Kraft von 1.3.1958 bis 31.12.1970]; vgl. auch § 1 des Dekrets vom 13. März 1900 betreffend das Verfahren zur Erlangung von Baubewilligungen und zur Beurteilung von Einsprachen gegen Bauten [GS 1900 S. 16]; in Kraft bis 31.5.1966 [GS 1966 S. 10]). Die EG Rubigen hat mit dem Reglement vom 13. Juni 1961 betreffend die Erschliessung und Ausbeutung von Kies- und Sandgruben in der Einwohnergemeinde

Rubigen (Kiesgrubenreglement) solche Vorschriften erlassen (act. 3C 4; aufgehoben im Jahr 2012). Zum Schutz der Trinkwasserversorgung war jedenfalls ab 1952 eine Bewilligung der kantonalen Baudirektion erforderlich für bauliche Massnahmen, durch welche Quellen oder das Grundwasser gefährdet werden, insbesondere Abgrabungen sowie andere das Wasser beeinflussende Bauten. In Kiesgruben durfte die Ausbeutung eine bestimmte Höhe über dem Grundwasserspiegel nicht unterschreiten (§ 4 der Verordnung vom 4. Januar 1952 über die Erstellung von Trinkwasserversorgungen und Abwasseranlagen [VTA; GS 1952 S. 1; § 4 in Kraft bis 31.3.1983]).

3.2 Gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 BauG werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt. Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (sog. Besitzstandsgarantie). Der Nachweis, dass eine Baute einst bewilligt worden ist (oder bewilligungsfähig gewesen wäre), obliegt der Bauherrschaft; diese trägt auch die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit. Die Besitzstandsgarantie erstreckt sich auch auf die Fortsetzung der tatsächlich ohne grösseren Unterbruch ausgeübten Nutzung einer Baute oder Anlage im bisherigen Umfang, wenn sie durch eine Rechtsänderung widerrechtlich geworden ist. Die Besitzstandsgarantie schützt nicht die Nutzung als solche, sondern nur die für die Nutzung getätigte Investition (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2 und 2a). Sie greift nicht, soweit gesetzliche Anpassungs- oder Sanierungspflichten bestehen (insbesondere nach Art. 16 ff. des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01]; Art. 3 Abs. 4 BauG; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 7). Im aBauG war die Besitzstandsgarantie nicht ausdrücklich geregelt, jedoch in der Praxis anerkannt (vgl. BVR 1986 S. 396 E. 4, 1985 S. 439 E. 4; vgl. auch Aldo Zaugg, Kommentar zum bernischen BauG, 1987, Art. 3 N. 1; Martin Pfisterer, Die Anwendung neuer Bauvorschriften auf bestehende Bauten und Anlagen, Diss. Bern 1979, S. 109 ff.).

3.3 Das damalige Regierungsstatthalteramt Konolfingen erteilte der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin für die Erstellung einer Kies-

und Sandaufbereitungsanlage auf der Parzelle Nr. 7___ am 13. Mai 1958 die Baubewilligung und am 9. Juni 1958 die Bau- und Einrichtungsbewilligung nach dem Gesetz über das Gewerbswesen vom 7. November 1849 (GS 1849 S. 359; aufgehoben mit dem alten Gesetz über Handel, Gewerbe und Industrie vom 4. Mai 1969 [GS 1969 S. 81]; act. 3C 1/18 und 1/19). In der Baubewilligung vom 13. Mai 1958 verwies das Regierungsstatthalteramt auf einen Plan «1 : 1000 mit Stempel der Baudirektion vom 5. April 1958», der nach Angaben der Beteiligten nicht mehr vorhanden ist. In den Akten finden sich hingegen zwei Pläne des Kreisgeometers vom 21. März 1957, auf denen ein Ausbeutungsgebiet eingetragen ist, einmal mit Stempel und Unterschrift des Gemeinderats und dem Hinweis «Ausbeutungsgebiet als Grundlage zu Art. 1 Kiesgrubenreglement» (act. 3C 1/21), einmal mit Stempel des damaligen Wasser- und Energiewirtschaftsamts des Kantons Bern (WEA), Unterabteilung Geologie, mit dem handschriftlich beigegeführten Datum und Kürzel «21.3.73 Wü» und dem Hinweis «1958, Bewilligung Reg. Statthalter» (act. 3C 1/22). Weiter existiert ein Plan «Kiesausbeutung Schwarzbach – Bollholz, Rubigen» vom August 1965. Dieser bezeichnet insgesamt fünf Etappen der Kiesausbeutungsmöglichkeiten östlich der Staatsstrasse gemäss «Stand der Verhandlungen Ende September 1965». Für die damalige Etappe I (die auch das hier interessierende Gebiet umfasst) wird festgehalten, dass die Ausbeutung «gemäss Kiesgrubenreglement vom 29. Juni 61 garantiert und bewilligt» sei (act. 3C 1/17). Das jeweils rot eingezeichnete Ausbeutungsgebiet ist in den drei Plänen nicht vollständig deckungsgleich, insbesondere ist die heutige Parzelle Nr. 4___ nur teilweise oder gar nicht einbezogen.

3.4 Die damalige Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft des Kantons Bern (VEWD) hielt mit Entscheid vom 11. April 1973 betreffend Gewässerschutzbewilligung fest, das zur Ausbeutung bewilligte Gebiet umfasse die Parzellen Nrn. 7___, 8___, 9___, 10___, 11___, 12___, 13___, 14___, 15___ (richtig wohl: 16___ [vgl. act. 3C 1/22]), 17___, 18___, 3___ und 19___, hinzu kämen vier Parzellen, für die im Jahr 1962 ein Gesuch an die EG Rubigen gestellt worden sei (20___ [teilweise], 21___, 22___ und 23___). Die VEWD verwies auf den Plan vom 21. März 1957 mit rot eingezeichnetem Ausbeutungsgebiet, «visiert WEA 21.3.73», und hielt fest, für jede Erweiterung dieses Gebiets sei eine neue

Gewässerschutzbewilligung erforderlich (act. 3C 1/16). In den 1970er- bis 1990er-Jahren erhielt die Beschwerdeführerin Bau- und Gewässerschutzbewilligungen für den Kiesabbau auf weiteren Parzellen (act. 3C 1/13-1/15, 3A pag. 82 Beilage 7). Für die Abbauetappe VII (Schwarzbach; ehemalige Parzellen Nrn. 3___, 24___B und C sowie 25___B) und einen Lager- und Aufbereitungsplatz für Sekundärbaustoffe (Parzellen Nrn. 18___, 16___, 17___, 14___ und 13___) liegen Gewässerschutz- und abfallrechtliche Bewilligungen aus den Jahren 1998 bis 2014 vor, insbesondere eine Gewässerschutzbewilligung für die Freigabe der genannten Abbauetappe des damaligen Amtes für Gewässerschutz und Abfallwirtschaft des Kantons Bern (GSA) vom 4. November 2002 (act. 3C 1/11, vgl. auch act. 3C 1/2, 1/9 und 1/12).

4.

4.1 Die BVE ist im angefochtenen Entscheid zum Schluss gekommen, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin in verschiedener Hinsicht baurechtswidrig sei. Zwar habe die Baubewilligung vom 13. Mai 1958 für den Bau des Kieswerks auch Nebenbestimmungen für den Kiesabbau beinhaltet. Den Behörden sei auch das ins Auge gefasste Ausbeutungsgebiet bekannt gewesen. Dieses sei aber in der Baubewilligung weder genauer umschrieben noch parzellenscharf festgelegt worden. Denn der Kiesabbau habe damals noch keiner kantonalen Bewilligung bedurft, sondern hauptsächlich gestützt auf privatrechtliche Ausbeutungsrechte ausgeübt werden dürfen. Erst mit Inkrafttreten des aBauG sei das Einrichten und Erweitern von Materialentnahmestellen baubewilligungspflichtig geworden. Die in diesem Zeitpunkt rechtmässig betriebene Kiesgrube habe im bestehenden Umfang als bestandesgeschützt weiterbetrieben werden dürfen. Das gelte aber nicht für die hier strittige Erweiterung der Kiesausbeutung, die erst im Jahr 2002 erfolgt sei. Dafür habe die Gewässerschutzbewilligung vom 4. November 2002 für die Freigabe der Kiesabbauetappe VII nicht ausgereicht. Es hätte vielmehr (zumindest) einer Baubewilligung bedurft und – da die Materialentnahme dieser Etappe rund 1 Mio. m³ umfasse – auch eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden müssen. Die umstrittene Kiesausbeutung erfolge somit ohne die erforderliche Baubewilligung.

Selbst wenn die Baubewilligung aus dem Jahr 1958 die Kiesausbeutung erlauben würde, liege die Parzelle Nr. 4___ im Übrigen ausserhalb des Abbauperimeters und sei die Kiesausbeutung, die gemäss Abbauplanung in den Jahren 2002 bis 2004 stattgefunden habe, widerrechtlich erfolgt. Weiter habe die Baubewilligung von 1958 jedenfalls nicht das Lagern und Aufbereiten von ortsfremdem Material oder das Entgegennehmen, Behandeln und Aufbereiten von mineralischen Bauabfällen umfasst. Und schliesslich würden auch die Auflagen der Bewilligung aus dem Jahr 1958 missachtet. – Die Beschwerdegegnerschaft stimmt der Auffassung der BVE im Wesentlichen zu.

4.2 Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, der Entscheid vom 13. Mai 1958 und die Bau- und Einrichtungsbewilligung vom 9. Juni 1958 beinhalteten auch die Kiesausbeutung. Den zugrundeliegenden Plänen lasse sich ein begrenztes Gebiet entnehmen, für das der Kiesabbau bewilligt worden sei. Dieses umfasse auch das Gebiet Bodeweid; der Kiesabbau sei weiterhin bewilligt geblieben, als der Kanton später eine Bewilligungspflicht einführt. Dabei sei unbeachtlich, ob bzw. wieweit die Kiesgrube im Zeitpunkt des Inkrafttretens des aBauG schon betrieben wurde. Die Bewilligung von 1958 sei von verschiedenen Behörden als Baubewilligung für den Kiesabbau verstanden worden; namentlich von der Baudirektion des Kantons Bern, wie sich aus deren Brief an die Volkswirtschaftsdirektion vom 8. April 1958 ergebe (act. 3A pag. 125); ebenso verweise die Gemeinde in Art. 1 des mittlerweile aufgehobenen Kiesgrubenreglements auf die Kiesausbeutung gemäss Bewilligung von 1958 (act. 3A pag. 82 Beilage 5). Dass diese Bewilligung auch den Kiesabbau umfasse, ergebe sich ferner aus dem Entscheid der VEWD vom 11. April 1973 (act. 3C 1/16) sowie den Gewässerschutzbewilligungen vom 2. Dezember 1986, 4. November 2002 und 30. April 2015 (Beschwerdebeilage [act. 1C] 15, 16 und 18). Der heutige Kiesabbau betreffe nicht die ganze Parzelle Nr. 4___ und befinde sich in einem Gebiet, das gemäss sämtlichen Plänen in den Vorakten und gemäss der von der Gemeinde 1992 ausgeschiedenen Abbau- und Ablagerungszone bewilligt sei. Im Gebiet Bodeweid werde heute kein ortsfremdes Material zugeliefert, gelagert oder verarbeitet. Die Auflagen der Bewilligung von 1958 seien eingehalten. – Die Gemeinde ist

ebenfalls der Auffassung, dass die Beschwerdeführerin stets über sämtliche erforderlichen Bewilligungen für den Kiesabbau verfügte.

4.3 Der Kiesabbau im Gebiet Bodeweid erfolgt nach Angaben der Beschwerdeführerin seit dem Jahr 2002; die entsprechende Gewässerschutzbewilligung datiert vom 4. November 2002 (vorne E. 3.4). Diese Gewässerschutzbewilligung kann unbestrittenermassen eine Baubewilligung nicht ersetzen, da das Verfahren keine Einsprachemöglichkeit vorsieht (vgl. Art. 5 des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]). Die Beschwerdeführerin beruft sich dementsprechend darauf, der Kiesabbau sei bereits 1958 bewilligt worden. – Der Entscheid vom 13. Mai 1958 betraf die Baubewilligung für die Erstellung einer Kies- und Sandaufbereitungsanlage. Zwar enthält er Auflagen betreffend Kiesausbeutung, insbesondere soll die Ausbeutung derart erfolgen, dass immer nur ein verhältnismässig kleiner Teil des Gebiets, durchschnittlich eine Hektare, abgedeckt ist. Zudem wird zur Kenntnis genommen, dass der Abbau der Kieswand durch Ausschwemmung mit Wasser vorgenommen wird (act. 3C 1/19). Im Wesentlichen handelt es sich aber um Auflagen zum Schutz des Grundwassers, die von der damals für die Bewilligung nach VTA zuständigen Baudirektion mit Schreiben vom 8. April 1958 gefordert worden waren (act. 3A pag. 125; vgl. vorne E. 3.1). Der Umfang des Kiesabbaus bildete hingegen nicht Gegenstand der Baubewilligung. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, war den Behörden das vorgesehene Ausbeutungsgebiet wohl bekannt, es wurde indessen in der Bewilligung weder näher umschrieben noch parzellenscharf festgelegt. Zwar wird in der Bewilligung auf den nicht mehr vorhandenen Plan «1 : 1000 mit Stempel der Baudirektion vom 5. April 1958» verwiesen, allerdings nur im Zusammenhang mit dem Betongebäude auf der Parzelle Nr. 7___ sowie einem Erddamm (Dispositiv Ziff. 2a und c); die Kiesausbeutung wird nicht erwähnt. Dies war auch nicht erforderlich, da der Kiesabbau zu jener Zeit nicht baubewilligungspflichtig war. Art. 42 Abs. 2 BauG, wonach eine Baubewilligung erlischt, wenn nicht innert drei Jahren mit der Bauausführung begonnen wird, findet zwar entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerschaft keine Anwendung auf Bewilligungen zur Kiesausbeutung (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 42 N. 4e mit Hinweis auf VGE 18471 vom 29.4.1992 E. 5 und VGE 17897 vom 26.2.1990 E. 5). In-

dessen enthält der Entscheid betreffend Kiesausbeutung weder zeitliche noch mengenmässige noch örtlich genaue Angaben. Da keine Baubewilligungspflicht bestand und das Ausmass des Kiesabbaus im Entscheid nicht erwähnt wird, lässt sich die Bewilligung vom 13. Mai 1958 nicht als Baubewilligung für den Kiesabbau im geltend gemachten Perimeter verstehen. Eine solche Wirkung kann dem Entscheid auch nicht nachträglich aufgrund der späteren Baubewilligungspflicht zukommen. Es ist daher nicht von Bedeutung, dass der erwähnte Plan nicht mehr vorhanden ist und die heutige Parzelle Nr. 4___ nicht in allen Planfassungen zum Ausbeutungsgebiet gehört.

4.4 Die in der Beschwerde erwähnten Schreiben und weiteren Bewilligungen anderer Behörden vermögen nichts daran zu ändern, dass der Entscheid vom 13. Mai 1958 keine Baubewilligung für die Kiesausbeutung auf dem gesamten Gebiet zwischen Staatsstrasse und Bahnlinie darstellt. Die rechtlichen Wirkungen der Bewilligung hängen nicht davon ab, wie diese später von den Behörden verstanden wurde. Ob die Beschwerdeführerin gestützt auf das Verhalten der Behörden davon ausgehen durfte, dass der Kiesabbau baubewilligt sei, betrifft die Frage der Verhältnismässigkeit allfälliger Wiederherstellungsmassnahmen und wird in diesem Zusammenhang zu prüfen sein (dazu hinten E. 5). Die Angabe der Baudirektion im Schreiben vom 8. April 1958, wonach sich die Kiesentnahme auf das grosse Gebiet zwischen Bahn und Staatsstrasse erstrecken werde, ist im Übrigen im Zusammenhang mit der Bewilligungspflicht nach VTA zu sehen und zeigt nur, dass den Behörden das vorgesehene Kiesabbaugebiet bekannt war (act. 3A pag. 125). Letzteres gilt ebenfalls für die Abänderung des amtlichen Werts der Parzellen Nrn. 3___, 10___ I, 7___ und 9___ vom 9. Mai 1961 durch den Steuerregisterführer (act. 1C 12). In Art. 1 des Kiesgrubenreglements hat die EG Rubigen die Bedingungen des Entscheids des Regierungsstatthalteramts Konolfingen vom 13. Mai 1958 vorbehalten; über eine Baubewilligung für den Kiesabbau ist damit nichts gesagt. Daran ändert der Eintrag im Plan vom August 1965 nichts. Die VEWD hat im Entscheid betreffend Gewässerschutzbewilligung vom 11. April 1973 angenommen, die Ausbeutung im Gebiet gemäss Plan vom 21. März 1957 (act. 3C 1/22) sei baubewilligt. Dies ist jedoch nicht von Bedeutung, zumal das Ausstellen von Baubewilligungen nicht in ihre

Zuständigkeit fiel; für die VEWD war vielmehr wesentlich, dass Bedingungen betreffend Gewässerschutz in die Bewilligung vom 13. Mai 1958 aufgenommen worden waren; sie ergänzte diese und hielt fest, für jede Erweiterung des Ausbeutungsgebiets sei eine neue Gewässerschutzbewilligung erforderlich (act. 3C 1/16). Solche Bewilligungen wurden denn auch später erteilt (vgl. vorne E. 3.4).

4.5 Der baubewilligungsfreie und demzufolge ohne Baubewilligung ausgeübte Kiesabbau blieb aufgrund des Besitzstandsschutzes nach Inkrafttreten des aBauG und des BauG zulässig. Wie die BVE zutreffend ausgeführt hat, gilt dies indessen nur in dem Umfang, als der Abbau im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Baubewilligungspflicht tatsächlich ausgeübt wurde (vorne E. 3.2). Dies war auf den hier umstrittenen Parzellen Nrn. 2___, 3___ und 4___ nicht der Fall; der Kiesabbau begann in diesem Gebiet erst im Jahr 2002 (vorne E. 3.4). Für diese Kiesausbeutung besteht somit weder eine Baubewilligung noch Besitzstandsschutz. Die BVE ist daher zu Recht zum Schluss gekommen, dass der Kiesabbau auf den genannten Parzellen formell rechtswidrig ist. Es ist dabei nicht von Bedeutung, ob im Gebiet Bodeweid heute ortsfremdes Material gelagert wird oder nicht. Die entsprechenden Beweisanträge der Beschwerdeführerin werden abgewiesen.

5.

5.1 Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer solchen ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde der jeweiligen Grundeigentümerin oder dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen, was von Amtes wegen zu prüfen ist (statt vieler BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9).

5.2 Zur materiellen Rechtswidrigkeit des Kiesabbaus auf den genannten Parzellen und zu allfälligen Wiederherstellungsmassnahmen hat sich die BVE nicht geäussert; sie hat die Akten zur Durchführung eines allfälligen Wiederherstellungsverfahrens (bzw. nachträglichen Baubewilligungsverfahrens) unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Vertrauensschutzes an die Gemeinde zurückgewiesen. Dies ist nicht zu beanstanden; das Verwaltungsgericht hat sich daher im vorliegenden Verfahren zu diesen Fragen inhaltlich ebenfalls nicht zu äussern. Nach Angaben der Beschwerdeführerin wird das Gebiet Bodeweid/Hubelacher zum grössten Teil bereits aufgefüllt und rekultiviert; das Wiederherstellungs- bzw. allfällige nachträgliche Baubewilligungsverfahren beschränkt sich somit auf die Frage, unter welchen Rahmenbedingungen und in welchem Zeitraum die verbleibenden Arbeiten abgeschlossen werden können. Der angefochtene Entscheid hält somit der Rechtskontrolle stand; die Beschwerde ist abzuweisen.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen und der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerschaft die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG).

6.2 Gemäss Art. 41 Abs. 1 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Ein Zuschlag von bis zu 100 % auf das Honorar wird gewährt bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder umfangreichem Briefwechsel oder bei besonders komplexen tatsäch-

lichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV). Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 % gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV). – Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerschaft macht für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 15'930.-- zuzüglich Auslagen und MWSt geltend. Dies erscheint nach den obgenannten Kriterien überhöht. In Baustreitigkeiten sind in der Regel keine bedeutenden vermögensrechtlichen Interessen im Sinn von Art. 11 Abs. 2 PKV zu wahren (BVR 2010 S. 433 E. 8.3), weshalb ein entsprechender Zuschlag entfällt. Ebenso wenig rechtfertigt sich ein Zuschlag nach Art. 9 PKV: Der Aufwand für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht beschränkte sich auf eine einzige Rechtsschrift; es wurden weder weitere Instruktionsmassnahmen noch ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Der rechtlichen Schwierigkeit des Prozesses und der Bedeutung der Streitsache kann mit einem Honorar im oberen Bereich des Rahmens von Art. 11 Abs. 1 PKV Rechnung getragen werden. Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheint daher ein Parteikostenersatz von Fr. 8'000.-- zuzüglich Fr. 336.60 Auslagen und Fr. 666.90 MWSt, d.h. insgesamt Fr. 9'003.50, als angemessen.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'500.--, werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerschaft für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 9'003.50 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschwerdeführerin
 - der Beschwerdegegnerschaft

- der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
- der Einwohnergemeinde Rubigen

und mitzuteilen:

- der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Bern-Mittelland,
Staatsanwältin ...
- dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland

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.