

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/34

Bern, 19. Juni 2017

in der Beschwerdesache zwischen

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

und

Herrn **B.**_____
Beschwerdegegner

vertreten durch Frau Fürsprecherin C._____



_____ sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Gemeindeverwaltung, Badgasse 1,
3714 Frutigen

Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), Nydegasse 11/13, 3011 Bern

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen vom 1. Februar 2017 (2015-0073; Anbau, Sanierung Fassade, Einbau Mistplatte)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner ist Eigentümer eines ehemaligen Kleinbauernhauses in der Landwirtschaftszone (Frutigen Gbbl. Nr. D._____). Nachdem die Gemeinde festgestellt hatte, dass der Beschwerdegegner am Wohngebäude Ausbauarbeiten ohne Baubewilligung vornahm, forderte sie ihn erstmals am 25. November 2010 und erneut am

27. November 2014 sowie am 26. Januar 2015 schriftlich auf, ein Baugesuch einzureichen und mit Plänen den aktuellen Zustand der Liegenschaft und der Abwasserentsorgung zu dokumentieren. Der Beschwerdegegner machte geltend, sein Rechtsvorgänger habe in den 1970-er Jahren verschiedene Um- und Anbauten ausgeführt und eine Klärgrube erstellt. Er habe die Liegenschaft im Jahr 2009 in diesem Zustand erworben und keine baubewilligungspflichtigen Änderungen oder Volumenerweiterungen vorgenommen. Mit aufsichtsrechtlicher Anzeige vom 15. März 2015 gelangte der Beschwerdegegner schliesslich an den Regierungsstatthalter von Frutigen und ersuchte unter anderem um Klärung des baurechtlichen und baupolizeilichen Sachverhalts. Nach einem Augenschein empfahl der Regierungsstatthalter dem Beschwerdegegner, Grundrisspläne aller Geschosse sowie ein Baugesuch für die Badezimmer im Untergeschoss und Obergeschoss, für das neue Kinderzimmer im Anbau an der Nordseite und für die Mistplatte einzureichen.¹

2. Der Beschwerdegegner reichte am 27. Juli 2015 bei der Gemeinde ein Baugesuch ein für den Umbau des bestehenden Büros in ein Kinderzimmer (im nordseitigen Anbau), die Sanierung der WC/Duschen im Unter- und Obergeschoss, den Anbau eines Brennholz- und Autounterstands an der Westseite, die Sanierung der Fassade (Ersetzen des vorhandenen Eternits durch eine Holzschalung) und für den Einbau einer Mistplatte aus gewässerschutzrechtlichen Gründen. Dazu beantragte er Ausnahmegewilligungen nach Art. 24 ff. RPG².

3. Das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) erteilte am 22. September 2016 die Ausnahmegewilligungen nach Art. 24c RPG für die Montage einer vertikalen Holzschalung an der südseitigen Fassade, für die Erstellung der Mistplatte sowie für die erfolgten Einbauten von Dusche/WC-Räumen im UG und OG (Verfügungen zum Bauvorhaben Ziff. 1 bis 3). Hingegen verweigerte es die Ausnahmegewilligung für die nordseitigen Anbauten (Einstellraum für Gartenwerkzeuge, Wohnraumerweiterung) und den westseitigen Anbau (Brennholz- und Autounterstand). Das AGR führte zur Begründung

¹ Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, Entscheid vom 29. Juni 2015 (aufun 5/2015), Vorakten der Gemeinde pag. 137 ff.

² Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

an, dass die früher ausgeführten Erweiterungsbauten das mögliche Erweiterungspotential nach Art. 42 Abs. 3 RPV³ bereits ausgeschöpft hätten.

Unter dem Titel "Feststellungen" hielt das AGR unter anderem fest:

«2. Der südseitige Einstellraum sowie die Doppelgarage können aufgrund der vorliegenden Unterlagen als rechtmässig erstellt gelten.»

4. Mit Bauentscheid vom 1. Februar 2017 bewilligte die Gemeinde die Sanierung der WC/Dusche (UG und OG), die Sanierung der Fassade und den Einbau einer Mistplatte (Ziff. 4.1, Abs. 1, 1. Lemma). Hingegen verweigerte sie die Baubewilligung für den "Umbau des best. Büros in Kinderzimmer (Erstellen Dachschlepper)" im nordseitigen Anbau. Auf eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtete sie (Ziff. 4.1, 2. Lemma). Über den Brennholz- und Autounterstand auf der Westseite wurde im Entscheid nicht verfügt, in der Rubrik Bauvorhaben auf der ersten Seite ist jedoch erwähnt, dass dieses Vorhaben nicht bewilligt sei. Zusammen mit dem Bauentscheid eröffnete die Gemeinde den Entscheid des AGR vom 22. September 2016.

5. Gegen diese Verfügung reichte das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) am 10. März 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Die Beschwerdeführerin stellt folgende Rechtsbegehren:

1. «Der Bauentscheid der Einwohnergemeinde Frutigen vom 1. Februar 2017 sei aufzuheben, soweit die Baubewilligung erteilt (Ziff. 4.1 Abs. 1 und 1. Lemma) und soweit auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet wird (Ziff. 4.1, 2. Lemma 2. Satz).
2. Die Verfügung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung vom 22. September 2016 (...) sei aufzuheben, soweit sie eine Feststellungsverfügung betreffend Rechtmässigkeit des südseitigen Einstellraums sowie der Doppelgarage (Feststellungen S. 3 Ziff. 2) bzw. die Erteilung von Ausnahmbewilligungen (Verfügungen zum Bauvorhaben, S. 3 Ziff. 1-3) beinhaltet.»

³ Raumplanungsverordnung des Bundesrates vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

6. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁴, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Das AGR beantragt in seiner Stellungnahme vom 27. März 2017, die Beschwerde sei, soweit sie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nordseitig betreffe, gutzuheissen. Im Übrigen sei sie abzuweisen. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 13. April 2017 die Abweisung der Beschwerde und den Verzicht auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands im Bereich der Umnutzung und Erweiterung des Kinderzimmers im nordseitigen Anbau. Der Beschwerdegegner beantragt in seiner Beschwerdeantwort vom 20. April 2017, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und der vorinstanzliche Entscheid sowie die Feststellungsverfügung des AGR seien zu bestätigen.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen können nach Art. 40 und 49 BauG⁵ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die Entscheide des AGR zu Ausnahmegewilligungen nach Art. 24 ff. RPG sind zusammen mit dem Bauentscheid bei der BVE anfechtbar (vgl. Art. 84 Abs. 4 i.V.m. Art. 40 BauG). Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Gemäss Art. 89 Abs. 2 BGG⁶ sind Bundesbehörden zur Beschwerde ans Bundesgericht berechtigt, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. Beschwerdeberechtigte Bundesbehörden können die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am

⁴ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110)

Verfahren beteiligen, wenn sie dies beantragen (Art. 111 Abs. 2 BGG). Das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) ist im Bereich der Raumplanung beschwerdeberechtigt (Art. 48 Abs. 4 RPV) und daher zur vorliegenden Beschwerde legitimiert.

c) Der angefochtene Entscheid ist dem ARE am 8. Februar 2017 zugegangen. Mit Postaufgabe der Beschwerde am 10. März 2017 ist die 30-tägige Beschwerdefrist gewahrt. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Gesetzliche Grundlagen

a) Das ARE macht geltend, bezüglich aller Erweiterungen müsse zuerst ein Wiederherstellungsverfahren nach Art. 46 BauG durchgeführt werden. Dabei sei abzuklären, welche der erfolgten Erweiterungen und Umnutzungen nachträglich genehmigt werden könnten. Es stelle sich nicht nur die Frage, ob für die erfolgten Erweiterungen formell Bewilligungen vorlägen, sondern auch, ob diese materiell dem RPG entsprächen. Das Ausmass des notwendigen Rückbaus müsse konkret feststehen, bevor Bewilligungen erteilt würden. Dagegen bringt der Beschwerdegegner insbesondere vor, er habe das Gebäude, so wie es heute bestehe, gutgläubig erworben und lediglich innere Renovationsarbeiten vorgenommen. Die erheblichen Gebäudeveränderungen seien durch seinen Rechtsvorgänger zwischen 1974 und 1979 erfolgt. Für die Doppelgarage und den südseitigen Einstellraum lägen rechtskräftige Baubewilligungen vor. Bei den nicht bewilligten Bauarbeiten sei die 30-jährige Wiederherstellungsfrist infolge Zeitablaufs verwirkt. Ausserdem habe die Gemeinde die von aussen gut sichtbaren Erweiterungen über Jahre hinweg geduldet, obwohl ihr die Gesetzwidrigkeit bekannt gewesen sei.

b) Die Baupolizeibehörde ist zuständig für die Aufsicht über die Einhaltung der Bauvorschriften und der Baubewilligung mit ihren Nebenbestimmungen, für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bei widerrechtlicher Bauausführung und für die Beseitigung von Störungen der öffentlichen Ordnung, die von unvollendeten, mangelhaft unterhaltenen oder sonstwie ordnungswidrigen Bauten und Anlagen ausgehen. Sie kann dazu alle erforderlichen Massnahmen anordnen (Art. 45 Abs. 2 Bst. a BauG). Nicht Gegenstand des baupolizeilichen Verfahrens ist hingegen die Frage, ob rechtskräftige Baubewilligungen in Übereinstimmung mit dem damals geltenden Recht

erteilt wurden; dafür sind andere Verfahren und Zuständigkeiten vorgesehen (vgl. Art. 56 VRPG und Art. 43 BauG).

Stellt die Baupolizeibehörde fest, dass ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt wird oder dass bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet werden, leitet sie ein Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ein (Art. 45 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 BauG). Die Baupolizeibehörde setzt dem jeweiligen Grundeigentümer oder Baurechtsinhaber eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme und gibt ihm Gelegenheit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen (Art. 46 Abs. 2 BauG). Wird ein nachträgliches Baugesuch eingereicht, ist von der Baubewilligungsbehörde im Falle des Bauabschlags zugleich darüber zu entscheiden, ob, inwieweit und innert welcher Frist der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Der gesetzlich vorgesehene Ablauf schliesst nicht aus, dass der Eigentümer ein nachträgliches Baugesuch einreichen kann, bevor eine formelle Wiederherstellungsverfügung erlassen wurde. In vielen Fällen stellt dies ein prozessökonomisches Vorgehen dar. Auch dann muss die Baupolizeibehörde aber prüfen, welche Bauten, Bauteile oder Anlagen unrechtmässig erstellt wurden und sie zum Gegenstand des baupolizeilichen Verfahrens machen, sofern dafür kein nachträgliches Baugesuch eingereicht wurde.

c) Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 RPG). Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone, die nicht zonenkonform sind, bedürfen zusätzlich einer Ausnahmbewilligung nach Art. 24 ff. RPG. Gebäude, die nicht mehr zonenkonform sind, können mit Bewilligung des AGR erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden sind (vgl. Art. 24c Abs. 1 und 2 RPG). Eine Änderung oder Erweiterung gilt dann als massvoll, wenn die Identität der Baute im Wesentlichen gewahrt bleibt, wobei Verbesserungen gestalterischer Art zulässig sind (vgl. Art. 42 Abs. 1 RPV). Wichtig sind die quantitativen Grenzen: Eine Erweiterung ausserhalb des bestehenden Gebäudevolumens darf bezüglich der anrechenbaren Bruttogeschossfläche als auch der Gesamtfläche weder 30% noch 100 m² überschreiten (Art. 42 Abs. 3 Bst. b RPV). Als Stichtag und Referenzzustand für den Flächenvergleich gilt der 1. Juli 1972, als mit

Inkrafttreten des aGSchG⁷ erstmals eine klare Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet vorgenommen wurde.

⁷ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz, aGSchG; AS 1972 I 950)

3. Bauliche Veränderungen

a) Das ursprüngliche Gebäude wurde durch den früheren Eigentümer ab 1975 laufend mit mehreren An- und Ausbauten vergrössert und verändert, wie die Luftaufnahmen der Swisstopo von 1974, 1979, 1980 und 1985⁸ beweisen. Auf Aufnahmen ist ein südseitiger Anbau ersichtlich, der vergrössert wurde und 1985 einen Quergiebel zum Hauptgebäude aufweist. Ebenso ist die Gebäudeverlängerung gegen Westen aufgrund des verlängerten Hauptdachs deutlich ersichtlich.

Im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens hat das AGR zusammen mit der Gemeinde und dem Beschwerdegegner erfasst, welche Gebäudeflächen vor 1972 bestanden und welche nach diesem Stichdatum erstellt wurden, und dies auf den Grundrissplänen vom 27. Juli 2015 eingetragen.⁹ Nach 1972 wurden folgende Erweiterungen erstellt:

- südseitiger Anbau mit Giebeldach, der quer zum Gebäude steht
Erdgeschoss: Werkstatt und Lager
Obergeschoss: Zwischenboden (nur über dem Raum Lager)
Dachgeschoss: Lager (Estrich mit südseitigen Fenstern).
- Hühnerstall (südseitig, unterhalb der Terrasse)
- Doppelgarage (auf dem Plan als "Abstellraum", "Lager" bezeichnet), die südlich an den südseitigen Anbau anschliesst.
- westseitige Gebäudeerweiterung
Erdgeschoss: Lager und Stall
Obergeschoss: "Vorraum" zum Heuboden
- nordseitiger Anbau:
Untergeschoss: Raum für Gartenwerkzeuge
Erdgeschoss: Kinderzimmer (Teilfläche vorbestehend)
- Erweiterung WC / Dusche im Erdgeschoss

⁸ LUBIS, abrufbar unter <https://www.swisstopo.admin.ch/de/karten-daten-online/karten-geodaten-online/lubis.html>

⁹ Vorakten AGR, Vorakten Gemeinde, pag. 124-127

Die Beschwerdeführerin weist zudem auf eine Fassadenveränderung beim Tor des südseitigen Anbaus hin. Aus dem Fotovergleich geht hervor, dass die oberen, vormals braunen Füllungen zwischen den Sprossen durch Fenster ersetzt wurden; die Füllungen in den unteren Reihen sind jetzt dunkelgrau statt braun. Entweder wurde das Tor umgearbeitet oder es wurde ein gänzlich neues Schiebetor montiert.¹⁰ Der Vergleich der Fotos des AGR und von google streetview zeigt aber noch mehr: auf der Westseite des Gebäudes wurde eine gekieste Zufahrt erstellt. Ob darüber hinaus weitere bauliche Veränderungen erfolgt sind, lässt sich anhand der Akten nicht beurteilen.

b) Folgende Baubewilligungen sind aktenkundig:

- Baubewilligung vom 15. Juni 1987 für den Anbau einer Doppelgarage samt Ausnahmegewilligung nach aArt. 24 RPG des damals dafür zuständigen Regierungsstatthalters¹¹ (vgl. Art. 84 Abs. BauG 1985 und Art. 103 Abs. 1 BauV 1985) (Baugesuch Nr. 4687).
- Kleine Baubewilligung vom 10. Mai 1996 für das Versetzen einer Klärgrube (Baugesuch Nr. 96047). Für die Klärgrube liegt nebst der Baubewilligung eine Gewässerschutzbewilligung des Amts für Wasser und Abfall (AWA) vor.¹²

c) Für den südseitigen Anbau ist keine Baubewilligung nachgewiesen. In der Sitzung vom 7. Oktober 1975 behandelte die Baukommission von Frutigen das Baugesuch von A._____, E._____, für einen "Einstellraum". Im Protokoll steht dazu folgendes: "Der Abstand von der E._____strasse ist genügend. Bei Einstellen von Motorfahrzeugen müssen die feuerpolizeilichen Vorschriften eingehalten werden. Unter diesen Bedingungen kann die Bewilligung erteilt werden."¹³ An welchem Standort das Bauvorhaben vorgesehen war und welche Grösse es hatte, ist mangels weiterer Baubewilligungsakten nicht bekannt. Da der Raum offenbar zum Einstellen von Motorfahrzeugen dienen sollte, ist anzunehmen, dass es sich um eine südseitige Gebäudeerweiterung gehandelt hat. Ob der Brandschutz schliesslich gewährleistet war und ob die Bewilligung erteilt wurde, ist nicht bekannt. Eine Baubewilligung allein wäre aber vorliegend nicht ausreichend gewesen. Ab dem 1. Juli 1972 konnten die Gemeinden zonenwidrige Bauten ausserhalb des Baugebietes nicht

¹⁰ Fotos zum Augenschein des AGR vom 25. August 2015, Vorakten AGR; Foto google streetview, Beschwerdebeilage 4

¹¹ Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, erste Auflage 1987, Art. 84 N. 4

¹² Vgl. Protokoll des Regierungsstatthalteramts vom 29. Mai 2015 S. 3 Votum des Vertreters des AWA, Vorakten pag. 155

¹³ Vorakten der Gemeinde, pag. 1

mehr ohne Mitwirkung des Kantons bewilligen. Laut Art. 20 aGSchG war dafür die Zustimmung der kantonalen Fachstelle für Gewässerschutz nötig. Die kantonale Zustimmung stellte bereits damals ein unentbehrliches, konstitutiv wirkendes Element der Ausnahmegewilligung für das Bauen im Nichtbaugebiet dar.¹⁴ Nebst den einschränkenden Bestimmungen von Art. 20 aGSchG und Art. 25 und 27 aGSchV¹⁵, die für Neubauten und Umbauten ausserhalb des GKP¹⁶ ein sachliches Bedürfnis voraussetzten, definierte das kantonale Baugesetz von 1970¹⁷, welche Bauten im übrigen Gemeindegebiet zulässig waren. Nach Art. 23 BauG 1970 durften im übrigen Gemeindegebiet Neubauten nur bewilligt werden, wenn sie der land-, forst- oder rebwirtschaftlichen Nutzung des Bodens oder den Wohnbedürfnissen der bäuerlichen Bevölkerung und ihrer Hilfskräfte dienten. Gestattet waren ferner standortgebundene Lagerungs- und Verarbeitungsbetriebe der Urproduktion (Abs. 2). Bestehende nichtlandwirtschaftliche Gebäude durften im Rahmen der bisherigen Zweckbestimmung umgebaut oder erneuert werden (Abs. 3). Gemäss Art. 24 BauG 1970 waren Ausnahmen aus wichtigen Gründen möglich. Die Ausnahmegewilligung erteilte die kantonale Baudirektion zusammen mit der kantonalen Landwirtschaftsdirektion (Art. 47 Abs. 2 und 3 BauG 1970).

d) Im Februar 1994 reichte A. _____ bei der Gemeinde Frutigen ein Baugesuch für den Umbau des Stalls und den Jauchekasten ein, zog es aber im Herbst 1996 wieder zurück. Das Baugesuch Nr. 94025 wurde mit Verfügung vom 10. Dezember 1996 als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

e) Somit ist lediglich für die Doppelgarage sowie die Klärgrube zweifelsfrei erwiesen, dass sie gestützt auf rechtskräftige Bewilligungen erstellt wurden. In Bezug auf den südseitigen Anbau ("Einstellraum") sind bis heute keine Bewilligungen nachgewiesen. Bereits begrifflich dürfte sich dieser "Einstellraum" für Motorfahrzeuge nicht mit dem dreigeschossigen Anbau decken, wie er heute besteht. Ausser der Doppelgarage wurden sämtliche, unter Bst. a) genannten Vorhaben ohne Bau- und Ausnahmegewilligungen erstellt. Gemäss Berechnung des AGR wurde die Gebäudefläche um 98,8 % erweitert. Es besteht daher in verschiedener Hinsicht ein formell unrechtmässiger Zustand, dessen Umfang aufgrund der Akten noch nicht abschliessend feststeht.

¹⁴ BGE 111 Ib 213 E. 5b

¹⁵ Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 (aGSchV; AS 1972 I 967)

¹⁶ Generelles Kanalisationsprojekt

¹⁷ Baugesetz vom 7. Juni 1970

4. Gegenstand des Wiederherstellungsverfahrens

a) Im vorinstanzlichen Verfahren waren zunächst fast alle erfolgten baulichen Veränderungen Thema.¹⁸ Auf Veranlassung des Regierungsstatthalters reichte der Beschwerdegegner lediglich für die beiden Badezimmer im Untergeschoss und Obergeschoss, den Umbau des Büros in ein Kinderzimmer im nordseitigen Anbau, den Autounterstand, die Mistplatte und für die Fassadenverkleidung mit Holzschalung ein Baugesuch ein, d.h. für die Arbeiten, die er selber ausgeführt hat oder noch ausführen will. Die anderen unbewilligt vorgenommenen Veränderungen und Erweiterungen wurden von der Gemeinde in der Folge nicht mehr behandelt. Einzig das AGR äusserte sich bei der Beurteilung der zulässigen Erweiterungen auch zu früher erfolgten An- und Umbauten. Die von der Beschwerdeführerin beanstandete Aussage unter dem Titel "Feststellungen" ("der südseitige Anbau und die Doppelgarage können als rechtmässig erstellt gelten") hat aber keinen Verfügungscharakter. Aus dem Kontext der weiteren "Feststellungen" ergibt sich, dass es sich um eine Schlussfolgerung, d.h. um eine Erwägung handelt. Es wäre auch nicht Sache des AGR, über die formelle Rechtmässigkeit bzw. Unrechtmässigkeit einer Baute zu entscheiden, dies obliegt der Baupolizeibehörde (vgl. Art. 46 und Art. 84 BauG). Eine Erwägung kann nicht aufgehoben werden, insoweit ist auf diesen Antrag nicht einzutreten. Die südseitige Anbaute ist aber Teil der Gebäudeerweiterungen, die im Rahmen der Gesamtbeurteilung geprüft werden müssen.

Die Eingrenzung des Verfahrens auf das Baugesuch führte zu Unklarheiten. Beim nordseitigen Anbau ging das AGR in seiner Verfügung nach Art. 24 ff. RPG wohl davon aus, dass das Ausnahmegesuch den nordseitigen Anbau als ganzes betraf und verweigerte dementsprechend die Ausnahmegewilligung "für die nordseitigen Anbauten". Die Gemeinde beurteilte demgegenüber das Bauvorhaben "Umbau des best. Büros in Kinderzimmer (Erstellen Dachschlepper)", was vermutlich nur die Umgestaltung und Nutzungsänderung des Erdgeschossraums betrifft.

b) Art. 46 BauG verpflichtet die Baupolizeibehörde, ein Wiederherstellungsverfahren durchzuführen, wenn sie feststellt, dass ohne oder in Überschreitung der Baubewilligung

¹⁸ Vgl. Protokoll des Augenscheins des Regierungsstatthalteramts vom 29. Mai 2015, Vorakten pag. 153 ff.; Stellungnahme des AGR vom 14. September 2015 samt Flächenberechnung und Planunterlagen, Vorakten pag. 120 ff.

gebaut wird. Die lange Dauer ihres Bestehens führt nicht dazu, dass unrechtmässig ausgeführte Bauten und Bauteile nicht mehr Gegenstand des Wiederherstellungsverfahrens sind. Damit geprüft werden kann, ob und welche Erweiterungen und Veränderungen nachträglich bewilligt werden können, müssen alle unbewilligt erfolgten Erweiterungen und deren zeitliche Abfolge einbezogen werden. Nur so kann beurteilt werden, ob die zulässige Volumenerweiterung bei den einzelnen Vorhaben eingehalten und die Identität der Bauteile gewahrt ist. Ausserdem wird damit Klarheit für die Zulässigkeit von baulichen Massnahmen geschaffen. Nur eine Gebäudeerweiterung, die nachträglich legalisiert werden kann, hat Bestandesgarantie im Sinne von Art. 24c RPG und kann erneuert, teilweise geändert oder wiederaufgebaut werden. Steht fest, dass eine Erweiterung unrechtmässig ist, bleibt ihr dies versagt, selbst wenn aufgrund der 30-jährigen Verwirkungsfrist allenfalls keine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes mehr möglich ist. Gleiches gilt für die Änderungsmöglichkeiten nach Art. 39 RPV. Die Frage der Rechtmässigkeit ist deshalb insbesondere für die Bewilligungsfähigkeit der Fassadenänderungen (Holzverschalung, Tor) beim südseitigen Anbau relevant. Zudem muss das Ausmass eines allfälligen Rückbaus feststehen, bevor über das Baugesuch für die Fassadenänderung, die Mistplatte und die WC/Duschen im OG und UG entschieden werden kann. Im vorinstanzlichen Verfahren hätten somit nicht nur das Baugesuch, sondern sämtliche unrechtmässig erstellten Anlagen, Anbauten, Erweiterungen und Änderungen beurteilt und es hätte über eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands entschieden werden müssen, auch wenn die Sachverhaltsabklärungen wegen des langen Zeitablaufs erschwert sein mögen.

4. Rückweisung

a) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG¹⁹ entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Es müssen besondere Gründe, die prozessökonomische Gesichtspunkte in den Hintergrund treten lassen, dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird.²⁰ Im vorinstanzlichen Verfahren wurde nicht über alle unrechtmässig vorgenommenen baulichen Veränderungen entschieden (vgl. Auflistung in Erwägung 3a). Die neue gekieste Zufahrt und die Veränderung des

¹⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

²⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 3.

südseitigen Tors waren bisher nicht Verfahrensgegenstand. Zudem ist unklar, ob nicht noch weitere baubewilligungspflichtige Änderungen erfolgt sind. Es ist daher eine umfassende Abklärung über alle unrechtmässigen baulichen Änderungen erforderlich. Dem Beschwerdegegner ist allenfalls Gelegenheit zu geben, ein weiteres nachträgliches Baugesuch einzureichen oder das vorliegende Baugesuch zu ergänzen. Soweit die Vorhaben nachträglich nicht bewilligt werden können, ist bei allen unbewilligt erfolgten Gebäudeerweiterungen und -veränderungen über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu entscheiden.

Die Gemeinde hat im angefochtenen Entscheid einzig beim Büro im nordseitigen Anbau über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes entschieden. Sie hat auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet, allerdings ohne Gründe dafür zu nennen. Das AGR hat sich im Beschwerdeverfahren dem Antrag des ARE angeschlossen, dass beim nordseitigen Anbau nicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet werden kann. Wie oben gezeigt, meint das AGR damit den gesamten Anbau und nicht nur den umgebauten Raum ("Büro zu Kinderzimmer"). Es ist nicht Aufgabe der BVE als Beschwerdeinstanz, sachverhaltliche Abklärungen in diesem Ausmass vorzunehmen und erstmals über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu entscheiden. Der Bauentscheid vom 1. Februar 2017 ist in Bezug auf die erteilten Baubewilligungen (Sanierung WC/Dusche UG und OG, Sanierung der Fassade und Einbau einer Mistplatte) sowie in Bezug auf den Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes aufzuheben (Bauentscheid Ziffer 4.1 Abs. 1, erstes Lemma und zweites Lemma, zweiter Satz). Ebenfalls aufzuheben sind die Ausnahmbewilligungen nach Art. 24 ff. RPG (Verfügung des AGR vom 22. September 2016, Ziff. 1 bis 3). Die Sache ist zur Fortführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

b) Zunächst sind alle unbewilligt ausgeführten Vorhaben zu erfassen. Zu den weiteren Abklärungen gehören insbesondere der Zeitpunkt und die Reihenfolge der Fertigstellung. Zum einen ist dies notwendig, damit die Einhaltung der 30-jährigen Wiederherstellungsfrist beurteilt werden kann, zum andern muss geprüft werden, ob die Vorhaben im damaligen Zeitpunkt bewilligungsfähig waren, bzw. ob das damals zulässige Erweiterungsmass bereits ausgeschöpft war. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Wiederherstellungsfrist durch Handlungen der Baupolizeibehörde unterbrochen wurde.²¹ Der Wiederherstellungsentscheid ist in jedem Fall zu begründen.

²¹ BGE 136 II 359 E. 8; BGer 1C_784/2013 vom 23. Juni 2014, E. 5.4

Der Beschwerdegegner wird auf seine Mitwirkungspflicht bei den sachverhaltlichen Abklärungen gemäss Art. 20 VRPG hingewiesen. Er hat, gegebenenfalls mit Hilfe seines Rechtsvorgängers, an der Ermittlung des Sachverhalts aktiv mitzuwirken und diejenigen Tatsachen zu beweisen, aus denen er Rechte ableitet (vgl. auch Art. 8 ZGB²²).

c) Sofern der nordseitige Anbau nicht nachträglich bewilligt werden kann, ist zunächst die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in Bezug auf den gesamten Anbau zu prüfen. Wenn ein Rückbau nicht möglich ist, ist über die Wiederherstellung des Raums im Erdgeschoss (sog. Kinderzimmer) zu entscheiden.

d) Aus den Akten geht nicht hervor, weshalb der Beschwerdegegner für die WC/Dusche im Erdgeschoss kein nachträgliches Baugesuch eingereicht hat. Ein Teil dieses Badezimmers ist auf dem Plan als Erweiterung ausserhalb der 1972 bestehenden Bruttogeschoss- und Brutto-Nebenfläche eingezeichnet.²³ Auf dem handgezeichneten Projektplan, den A. _____ 1994 mit dem Baugesuch für den Stallumbau einreichte, ist die Fläche der heutigen Badezimmererweiterung und der heutigen "Kammer" (rechts neben dem Badezimmer) noch als "Wohnraum unverändert" bezeichnet.²⁴ Es ist zu prüfen, ob dieser Wohnraum vor dem 1. Juli 1972 bestand bzw. ob es sich um eine nach 1972 erfolgte Flächenerweiterung handelt und wann diese erstellt wurde.

e) Der südseitige Anbau besteht heute aus drei Geschossen mit mehreren Räumen. Sofern die erforderlichen Bewilligungen für den "Einstellraum" aufgefunden werden, bedeutet dies nicht automatisch, dass der gesamte Anbau rechtmässig besteht. Vielmehr müsste nachgewiesen werden, welcher Teil damit bewilligt ist.

f) Im Bauentscheid der Gemeinde wird der Brennholz- und Autounterstand West auf der Titelseite als nicht bewilligtes Bauvorhaben aufgeführt, aber in Ziffer 4 fehlt ein Entscheid dazu. Es ist nicht ganz klar, ob der Beschwerdegegner auf dieses Bauvorhaben schliesslich verzichtete oder ob es im Entscheid vergessen ging. Dies bedarf einer Klärung.

²² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 201)

²³ Grundriss EG, Vorakten pag. 124

²⁴ Baugesuch Nr. 94025, Vorakten pag. 27

4. Kosten

- a) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Auf den Antrag der Beschwerdeführerin, die "Feststellungsverfügung" des AGR sei aufzuheben, kann nicht eingetreten werden; in der Sache unterliegt aber der Beschwerdegegner. Er hat die Verfahrenskosten, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.–, zu tragen.
- b) Der Beschwerdegegner hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

- 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

Der Bauentscheid der Gemeinde Frutigen vom 1. Februar 2017 wird in Bezug auf die erteilten Baubewilligungen (Sanierung WC/Dusche UG und OG, Sanierung der Fassade und Einbau einer Mistplatte, Ziffer 4.1 Abs. 1, erstes Lemma) sowie in Bezug auf den Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Ziff. 4.1 zweites Lemma, zweiter Satz) aufgehoben.

Die mit Verfügung des AGR vom 22. September 2016 erteilten Ausnahmbewilligungen nach Art. 24 ff. RPG werden aufgehoben (Ziff. 1 bis 3). Die Sache wird zur Fortführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.

- 2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdegegner zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
- 3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Bundesamt für Raumentwicklung (ARE), eingeschrieben
- Frau Fürsprecherin C._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin