



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2022/163

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 18. Januar 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.** _____
Beschwerdeführer

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Bauverwaltung, Vordorfgasse 1,
3714 Frutigen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen vom
8. September 2022 (2014-0032; Geländeaufschüttung, Umgebungsgestaltung)

I. Sachverhalt

1. Mit Bauentscheid vom 8. August 2019¹ erteilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer die Baubewilligung für den Neubau einer Scheune auf Parzelle Frutigen Grundbuchblatt Nr. E. _____. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone. Der Entscheid enthielt eine Bedingung, wonach das Deponieren des Aushubmaterials vor Baubeginn mit der Bauverwaltung vor Ort zu besprechen und zu definieren ist und vor der Genehmigung einer Deponiefläche durch die Gemeinde mit den Aushubarbeiten nicht begonnen werden darf (Ziff. 4.4.1 des Bauentscheids vom 8. August 2019). Die diesem Entscheid zugrundeliegende Verfügung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) vom 15. Juli 2019², welche inkl. der darin enthaltenen Bedingungen und Auflagen integrierender Bestandteil des damaligen Entscheides war (vgl. Ziff. 4.3 des Entscheids vom 8. August 2019) enthielt zudem eine Auflage, wonach das beim Bauvorhaben anfallende Boden- und Aushubmaterial lediglich für die erforderlichen Terrainanpassungen an das neu erstellte Gebäude verwendet werden darf. Eine anderweitige Deponierung des anfallenden Materials ausserhalb des Baugebiets sei baubewilligungspflichtig.

2. Anlässlich einer Baukontrolle stellte die Gemeinde fest, dass das Aushubmaterial grossflächig innerhalb der Landwirtschaftszone deponiert sowie zusätzliches Material zugeführt wurde. Nach Einholen der Transportscheine des zugeführten Materials stellte die Gemeinde mit

¹ Vorakten Gemeinde pag. 52.

² Vorakten Gemeinde pag. 61.

Schreiben vom 19. April 2021³ gegenüber dem Beschwerdeführer fest, dass grossflächig Material in erheblichem Mass abgelagert wurde und Aushubmaterialdeponien bewilligungspflichtig sind. Der Beschwerdeführer erhielt Gelegenheit, zur Angelegenheit Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde er auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hingewiesen.

Der Beschwerdeführer reichte am 7. Mai 2021 ein nachträgliches Projektänderungsgesuch bei der Gemeinde ein für eine «zusätzliche Aufschüttung als verbesserte Umgebungsgestaltung Grünfläche».⁴ Das Amt für Landwirtschaft und Natur (LANAT), Fachstelle Boden, beurteilte diese Unterlagen und teilte der Gemeinde mit Schreiben vom 11. Juni 2021 mit, dass die Unterlagen unvollständig seien und eine Beurteilung deshalb nicht möglich sei. Gleichzeitig führte die Fachstelle Boden im Detail aus, welche Unterlagen noch einzufordern sind. Trotz mehrfacher Fristansetzung und Durchführung einer Besichtigung / Begehung vor Ort mit Vertretern der Gemeinde, des AGR und des LANAT reichte der Beschwerdeführer die benötigten Unterlagen und Pläne nicht ein.

Mit Bauabschlags- und Wiederherstellungsverfügung vom 8. September 2022 kam die Gemeinde in den Erwägungen zum Schluss, dass das Bauvorhaben nicht den geltenden bau- und planungsrechtlichen Vorschriften entspreche, die nachgeforderten Unterlagen trotz mehrmaligen Mahnens und nach mehreren gesetzten Nachfristen nicht eintrafen und darum nicht auf das Gesuch eingetreten werden könne. Die Gemeinde verfügte Folgendes:

«4. Entscheid

- 4.1 Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung für das nachträgliche Projektänderungsgesuch
In oben erwähntem Baubewilligungsverfahren wird durch die Baubewilligungsbehörde von Frutigen auf Grund des nachträglichen Baugesuches vom 10.05.2021, gestützt auf die geltenden Gesetze, Verordnungen, Dekrete und das Gemeindebaureglement (GBR) der Bauherrschaft für das bereits ausgeführte Vorhaben der Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung des rechtmässigen Zustands verfügt.
- 4.2 Der vollständige Rückbau der Geländeaufschüttungen inkl. Abführung des Aushub- und zugeführten Materials ausserhalb des bewilligten Perimeters hat innert 90 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheides zu erfolgen und ist unverzüglich der Baupolizeibehörde unaufgefordert mittels vollständig ausgefüllten SB zusammen mit den entsprechenden Entsorgungsbelegen zu melden.
- 4.3 Sollte der Wiederherstellung nicht Folge geleistet werden, wird die Ersatzvornahme zu Lasten der Bauherrschaft eingeleitet.
- 4.4 Die Entsorgung hat in eine entsprechend bewilligte Deponie zu erfolgen.
- 4.5 [Bedingungen]
- 4.6 [Auflagen]
5. [Auflagen bezüglich Baukontrollen]
6. [Kosten]
7. [Rechtsmittelbelehrung]
8. [Eröffnung]»

3. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 4. Oktober 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er stellt den folgenden Antrag:

«Im beiliegenden Umgebungsgestaltungsplan (Beilage 1) ist die heutige Situation abgebildet. Ich bitte Sie höflich, diesen zu prüfen und die Einreichung eines nachträglichen Gesuchs zu bewilligen. Die Bauabschlags- und Wiederherstellungsverfügung vom 8. September 2022 ist aufzuheben.»

³ Vorakten Gemeinde pag. 36.

⁴ Vorakten Gemeinde pag. 29.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁵, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 20. Oktober 2022 die Abweisung der Beschwerde. Denselben Antrag stellt das AGR mit Eingabe vom 1. November 2022.

5. Mit Verfügung vom 6. Dezember 2022 führte das Rechtsamt aus, dass es im Falle der Bestätigung der angefochtenen Verfügung der Gemeinde vom 8. September 2022 erwäge, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Ziff. 4.2 wie folgt zu präzisieren (Ergänzung unterstrichen):

«4.2 Der vollständige Rückbau der Geländeaufschüttungen inkl. Abführung des Aushub- und zugeführten Materials ausserhalb des bewilligten Perimeters gemäss den mit Entscheid vom 8. August 2019 (Nr. 2014-0032) bewilligten Plänen «Grundriss Stall und Querschnitt» und «Fassaden» (beide mit Revisionsdatum vom 25. April 2019 und mit Bewilligungstempel der Gemeinde vom 8. August 2019) hat innert 90 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheides zu erfolgen und ist unverzüglich der Baupolizeibehörde unaufgefordert mittels vollständig ausgefüllten SB 2 zusammen mit den entsprechenden Entsorgungsbelegen zu melden.»

Die Verfahrensbeteiligten und das AGR erhielten Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen. Die Gemeinde teilte mit Schreiben vom 14. Dezember 2022 mit, dass sie gegen die vorgeschlagene Präzisierung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands für den Fall der Bestätigung der angefochtenen Verfügung nichts einzuwenden habe. Der Beschwerdeführer nahm mit Eingabe vom 24. Dezember 2022 nochmals Stellung, äusserte sich dabei jedoch nicht zu der zur Diskussion gestellten Präzisierung.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Bauabschlag mit einer Wiederherstellungsverfügung nach Art. 46 BauG⁶, der aufgrund eines nachträglichen Baugesuchs ergangen ist. Bauentscheide sowie baupolizeiliche Verfügungen können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Der Beschwerdeführer ist als Baugesuchsteller und Adressat der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde befugt (Art. 40 Abs. 2 BauG und Art. 65 Abs. 1 VRPG⁷). Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

⁵ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

2. Nichteintreten statt Bauabschlag

a) Der Beschwerdeführer reichte für die strittige Geländeaufschüttung / Terrainanpassung am 7. Mai 2021 ein nachträgliches Baugesuch ein. Da dieses nicht die erforderlichen Unterlagen enthielt, gab die Gemeinde dem Beschwerdeführer mehrfach Gelegenheit, die nötigen Unterlagen innert Frist einzureichen. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer nicht nach. Entsprechend stellte die Gemeinde in der angefochtenen Verfügung vom 8. September 2022 fest, dass die nachgeforderten Unterlagen trotz mehrmaligen Mahnens und nach mehreren gesetzten Nachfristen nicht eintrafen, weshalb auf das Baugesuch nicht eingetreten werden könne. Im Dispositiv der Verfügung (Ziff. 4) erteilte die Gemeinde dem nachträglichen Baugesuch jedoch – entgegen den Erwägungen im Entscheid – den Bauabschlag.

b) Gemäss Art. 18 Abs. 1 BewD⁸ weist die Baubewilligungsbehörde das Baugesuch zur Verbesserung zurück, wenn sie bei der vorläufigen Prüfung formelle Mängel feststellt (formelle Vorprüfung). Sie setzt eine angemessene Frist mit dem Hinweis darauf, dass das Gesuch als zurückgezogen gilt, wenn es nicht innert der Frist bei ihr wieder eingereicht wird. Art. 18 Abs. 2 BewD regelt die materielle Vorprüfung: Ist ohne weiteres erkennbar, dass ein Bauvorhaben nach den öffentlichrechtlichen Vorschriften nicht oder nur mit Ausnahmen, welche nicht beantragt wurden, bewilligt werden könnte, macht die Baubewilligungsbehörde die Gesuchstellenden auf diesen Mangel aufmerksam. Sie gibt ihnen Gelegenheit zur Verbesserung innert drei Monaten und weist darauf hin, dass das Gesuch als zurückgezogen gilt, wenn es nicht innert der Frist bei ihr wieder eingereicht wird. Diese materielle Vorprüfung soll im Interesse eines rationellen Verfahrens frühzeitig rechtliche Mängel des Bauvorhabens aufdecken.⁹ Schliesslich tritt die Baubewilligungsbehörde gemäss Art. 18 Abs. 4 BewD auf ein wieder eingereichtes, formell mangelhaftes Baugesuch nicht ein. Hat es offenkundige, materielle Mängel, für deren Beurteilung sie zuständig ist, weist sie es innert 30 Tagen ab.

c) Vorliegend litt das nachträgliche Baugesuch unter formellen Mängeln, da die zur Beurteilung notwendigen Pläne und Unterlagen fehlten. Die Gemeinde gab dem Beschwerdeführer daher gestützt auf Art. 18 Abs. 1 BewD zu Recht Gelegenheit zur Verbesserung seines nachträglichen Baugesuchs, indem es diesen aufforderte, die zur Beurteilung benötigten Unterlagen nachzureichen. Sie unterliess es jedoch, den Beschwerdeführer darauf aufmerksam zu machen, dass das Baugesuch als zurückgezogen gilt, wenn er dieses innert Frist nicht in verbesserter Form einreicht. In der Folge unterliess es der Beschwerdeführer, das formell mangelhafte Baugesuch zu verbessern. Mangels des entsprechenden Hinweises konnte die Gemeinde dies nicht als sinngemässen Rückzug des Baugesuchs werten, weshalb sie in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung zu Recht und in Einklang mit Art. 18 Abs. 4 BewD ausführte, dass auf das formell mangelhafte Baugesuch nicht eingetreten werden könne. Dass sie dem nachträglichen Baugesuch im Dispositiv der angefochtenen Verfügung trotzdem den Bauabschlag erteilte, war daher grundsätzlich falsch (zumal die materielle Beurteilung bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone in den Zuständigkeitsbereich des AGR fällt und dieses vorliegend keine entsprechende Verfügung erliess); sie hätte aufgrund der formellen Mangelhaftigkeit des Baugesuchs vielmehr – und wie in den Erwägungen korrekt ausgeführt – auf Nichteintreten entscheiden müssen.

d) Letztlich ist dies jedoch irrelevant, da bei einem nachträglichen Baugesuch sowohl im Falle des (hier eigentlich korrekten) Nichteintretens als auch im Falle des (hier verfükten) Bauabschlags die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen ist, wobei die materielle

⁸ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 34/34a N. 23.

Bewilligungsfähigkeit in ersterem Fall im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung summarisch zu beurteilen ist (vgl. nachfolgend). Es würde daher einen prozessualen Leerlauf darstellen, wenn die Angelegenheit deswegen zurückgewiesen würde. Vielmehr kann der im Dispositiv des angefochtenen Entscheids verfügte Bauabschlag der Gemeinde – gestützt auf die korrekten Ausführungen in den Erwägungen – in einen Nichteintretensentscheid umgedeutet werden.

3. Mangelhaftes Baugesuch

a) Die Gemeinde kam in der angefochtenen Verfügung vom 8. September 2022 zum Schluss, dass auf das nachträgliche Baugesuch nicht eingetreten werden könne, da der Beschwerdeführer die erforderlichen Unterlagen trotz mehrmaligen Mahnens und nach mehreren Nachfristen nicht nachgereicht hatte (vgl. E. 2a).

b) Der Beschwerdeführer bestreitet in seiner Beschwerde nicht, dass das nachträgliche Baugesuch formell mangelhaft war und er die eingeforderten Unterlagen trotz mehrfachen Aufforderns nicht einreichte. Mit seiner Beschwerde reicht er jedoch einen Umgebungsgestaltungsplan vom 1. Oktober 2022 (Beilage 1) ein, in welchem gemäss seinen Ausführungen die heutige Situation abgebildet sei. Gestützt auf diesen nachgereichten Plan ersucht er um Prüfung und Bewilligung des nachträglichen Baugesuchs.

Die Gemeinde kommt in ihrer Stellungnahme vom 20. Oktober 2022 zum Schluss, dass der vom Beschwerdeführer eingereichte Plan in keiner Art und Weise der Situation vor Ort entspreche. Der Aushub für die neue Scheune betrage geschätzt 1000 bis 1300 m³ Unterboden und Oberboden. Zugeführt habe der Beschwerdeführer zudem laut eigener Deklaration 592 m³. Die Aufschüttung, wie sie im eingereichten Plan des Beschwerdeführers zu sehen sei, betrage geschätzt 231 m³, wobei hier noch zugeführtes Koffermaterial für den Laufhof und die Manövriertflächen eingebaut worden sei.

Das AGR führt in seiner Stellungnahme vom 1. November 2022 aus, es sei unklar, was mit dem eingereichten Umgebungsgestaltungsplan dargestellt werden solle. Es fehle insbesondere eine Deklaration, was bestehend und was neu sei. Ebenfalls würden vermasste Quer- und Längsschnitte des betroffenen Gebiets (mit Eintragung des ursprünglichen und des neuen Terrains) fehlen, welche erforderlich seien, um die erfolgte Terrainveränderung verlässlich nachvollziehen zu können. Die erfolgte Verwendung des vom Beschwerdeführer deklarierten, zugeführten Fremdmaterials von 592 m³ sei aus dem nun vorliegenden Grundriss / Umgebungsplan nicht ersichtlich. Ebenfalls nicht ersichtlich sei die erfolgte Verwendung des bei der Erstellung der Neubaute angefallenen und wiederverwendeten Boden- und Aushubmaterials von gesamthaft 1690 m³ (gemäss den Mengenangaben auf dem eingereichten Plan).

c) Der Beurteilung der Gemeinde und des AGR kann gefolgt werden. Der vom Beschwerdeführer mit der Beschwerde eingereichte Umgebungsgestaltungsplan erfüllt die Anforderungen an einen genügenden Plan im Sinne von Art. 14 BewD nicht, lassen sich doch die vom Beschwerdeführer vorgenommenen Terrainanpassungen in keiner Weise daraus ablesen. Es fehlt nicht nur eine Legende der farblich ausgeschiedenen Flächen im Bereich der Scheune. Ebenso wenig lässt sich daraus erkennen, wo und in welchem Umfang Terrinaufschüttungen bzw. Geländeveränderungen vorgenommen wurden. Wie das AGR richtig beanstandet, fehlen die nötigen Quer- und Längsschnitte (mit Darstellung des ursprünglichen und des neuen Terrains) des von Aufschüttungen oder Geländeveränderungen betroffenen Gebiets auf der Parzelle Frutigen Grundbuchblatt Nr. E. _____; der blosse Schnitt A-A im Bereich der Scheune reicht hierfür nicht aus. Es fehlen die nötigen Angaben, wo und in welchem Umfang Material aufgeschüttet wurde und wie das gemäss Angaben des Beschwerdeführers zugeführte

Fremdmaterial von 592 m³ und das wiederverwendete Boden- und Aushubmaterial von 1690 m³ dabei verteilt wurde. Insgesamt müssten die vorgenommenen Aufschüttungen in ihrem genauen Standort, ihrer Dimension, ihrer Menge und der Art des verwendeten Materials mit genügender Klarheit aus den nötigen Plänen hervorgehen; die bloss schematische Darstellung, wie sie im eingereichten Umgebungsgestaltungsplan enthalten ist, reicht für eine Beurteilung nicht aus. Die Gemeinde hat dem Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren bereits mit Schreiben vom 14. Juli 2021¹⁰ – gestützt auf die Beurteilung der Fachstelle Boden – klar aufgezeigt, welchen Erfordernissen die einzureichenden Unterlagen zu genügen haben. Diesen Anforderungen vermag der nun im Beschwerdeverfahren eingereichte Umgebungsgestaltungsplan nicht zu genügen. Zusätzlich ist – den plausiblen Ausführungen der Gemeinde folgend – davon auszugehen, dass die im eingereichten Umgebungsgestaltungsplan schematisch dargestellten Geländeeingriffe in keiner Weise den tatsächlichen, unbewilligt vorgenommenen Terrainanpassungen und -aufschüttungen entspricht. Dafür spricht auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer selber die vorgenommenen Terrainaufschüttungen im vorinstanzlichen Verfahren noch in einem klar grösseren Perimeter westlich und südlich der neuen Scheune angegeben hat (vgl. Plan zum Schreiben vom 12. Februar 2021¹¹ sowie Plan zum Baugesuch vom 7. Mai 2021¹²).

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Gemeinde zu Recht auf das formell mangelhafte Baugesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist und dass das nachträgliche Baugesuch auch unter Berücksichtigung des mit Beschwerde eingereichten Umgebungsgestaltungsplans noch immer mangelhaft ist. Eine nachvollziehbare Beurteilung der vorgenommenen Geländeaufschüttungen und Terrainveränderungen ist noch immer nicht möglich. Dem Antrag des Beschwerdeführers auf Bewilligung des nachträglichen Baugesuchs kann daher aufgrund des mangelhaften nachträglichen Baugesuchs nicht Folge geleistet werden.

4. Formelle Rechtswidrigkeit

a) Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, beim Bauentscheid vom 8. August 2019 könne dem Umgebungsplan, welcher mit Stempel der Bauverwaltung Frutigen vom 8. August 2019 versehen sei, die mit Aushubmaterial aufzufüllende Fläche entnommen werden. Da entgegen seiner Einschätzung weniger Aushubmaterial angefallen sei, habe er diese aufzufüllende Fläche in Richtung Süden beträchtlich gekürzt. Es ist unklar, ob der Beschwerdeführer mit diesen Vorbringen sinngemäss geltend macht, die nun vorgenommenen Geländeaufschüttungen seien mit Entscheid vom 8. August 2019 bewilligt worden. Die Ausführungen in seiner Eingabe vom 24. Dezember 2022 lassen dies vermuten, da er dort vorbringt, ausserhalb des Perimeters der Geländeauffüllungen gemäss dem Situationsplan vom 8. August 2019 sei kein Aushubmaterial verbaut worden. Soweit er diesen Standpunkt tatsächlich vertritt, verhält er sich aber widersprüchlich, da er bei dieser Betrachtungsweise nicht ein nachträgliches Baugesuch hätte einreichen müssen. Letztlich kann dies offen bleiben, da die Rüge ohnehin unbegründet wäre (vgl. nachfolgende E. 4b).

b) Es trifft zwar zu, dass die mit Entscheid vom 8. August 2019 bewilligten und mit Bewilligungsstempel der Gemeinde versehenen Pläne einen Situationsplan vom 11. Juni 2019 enthalten, in welchem der Beschwerdeführer eine grosse, grün markierte Fläche mit der Bezeichnung «Aushub – Humusverteilung» einzeichnete. Diesbezüglich enthält allerdings der Entscheid vom 8. August 2019 einen als Bedingung formulierten Vorbehalt, wonach das

¹⁰ Vorakten Gemeinde pag. 25.

¹¹ Vorakten Gemeinde pag. 47.

¹² Vorakten Gemeinde pag. 32.

Deponieren des Aushubmaterials vor Baubeginn mit der Bauverwaltung vor Ort zu besprechen und zu definieren ist und vor der Genehmigung einer Deponiefläche durch die Gemeinde mit den Aushubarbeiten nicht begonnen werden darf (Ziff. 4.4.1 des Bauentscheids vom 8. August 2019). Auch die verbindliche Verfügung des AGR vom 15. Juli 2019 als integrierender Bestandteil dieses Entscheids enthielt eine Auflage, wonach das beim Bauvorhaben anfallende Boden- und Aushubmaterial lediglich für die erforderlichen Terrainanpassungen an das neu erstellte Gebäude verwendet werden darf und eine anderweitige Deponierung des anfallenden Materials ausserhalb des Baugebiets baubewilligungspflichtig ist. Aus diesen Vorbehalten lässt sich ableiten, dass mit dem damaligen Entscheid – entgegen den sinngemässen Vorbringen des Beschwerdeführers – die grün markierte als «Aushub – Humusverteilung» betitelte Fläche im erwähnten Situationsplan nicht als Bewilligung für Terrainanpassungen und Geländeaufschüttungen im Landwirtschaftsland auf Parzelle Frutigen Grundbuchblatt Nr. E._____ gelten konnte. Entsprechend kann der Beschwerdeführer aus diesem Situationsplan nichts für die von ihm vorgenommenen Geländeaufschüttungen und damit zu seinen Gunsten ableiten. Diese wurden mit dem Entscheid vom 8. August 2019 nicht bewilligt. Abgesehen davon scheinen sich die vorgenommenen Geländeaufschüttungen gemäss eigenen Angaben des Beschwerdeführers (vgl. Plan zum Schreiben vom 12. Februar 2021 sowie Plan zum Baugesuch vom 7. Mai 2021) ohnehin grösstenteils ausserhalb dieser grün schraffierten Fläche zu befinden.

Schliesslich ist unbestritten, dass Geländeaufschüttungen in diesem Umfang (Fremdmaterial von 592 m³ und das wiederverwendete Boden- und Aushubmaterial von 1690 m³) in der Landwirtschaftszone bewilligungspflichtig sind (vgl. 6 Abs. 1 Bst. i BewD e contrario, Art. 7 Abs. 1 BewD).

c) Damit steht fest, dass die vorgenommenen Geländeaufschüttungen durch Aushub- und Fremdmaterial von (gemäss eigenen Angaben des Beschwerdeführers) 1690 m³ und 592 m³ formell rechtswidrig sind.

5. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG).

Nach dem Gesagten (E. 4) steht fest, dass die vorgenommenen und vorliegend strittigen Geländeaufschüttungen auf Parzelle Frutigen Grundbuchblatt Nr. E._____ formell rechtswidrig sind. Vorliegend hat die Gemeinde die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet, indem sie den vollständigen Rückbau der Geländeaufschüttungen inkl. Abführung des Aushub- und zugeführten Materials ausserhalb des bewilligten Perimeters innert 90 Tagen ab Rechtskraft des Entscheids verlangte (vgl. Ziff. 4.2 der angefochtenen Verfügung vom 8. September 2022).

Die zu treffenden Massnahmen einer Wiederherstellungsanordnung sind genau zu bezeichnen¹³, damit sich für alle Involvierten aus der Anordnung in genügender Klarheit ergibt, was in welchem Umfang wiederherzustellen ist. Bei der vorliegenden Anordnung der Gemeinde ist aus Gründen der Klarheit zu präzisieren, was mit «ausserhalb des bewilligten Perimeters» genau gemeint ist. Klar ist, dass damit nicht die vom Beschwerdeführer erwähnte, grün markierte Fläche mit der Bezeichnung «Aushub – Humusverteilung» auf dem und mit Bewilligungsstempel der Gemeinde

¹³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 10.

versehenen Situationsplan vom 11. Juni 2019 gemeint sein kann, wurde diese Fläche doch von der Gemeinde nicht bewilligt (vgl. E. 4b). Das Rechtsamt hat daher im Beschwerdeverfahren eine Präzisierung der Wiederherstellungsanordnung der Gemeinde vorgeschlagen, wonach es sich um den bewilligten Perimeter «gemäss den mit Entscheid vom 8. August 2019 (Nr. 2014-0032) bewilligten Plänen «Grundriss Stall und Querschnitt» und «Fassaden» (beide mit Revisionsdatum vom 25. April 2019 und mit Bewilligungstempel der Gemeinde vom 8. August 2019)» handelt. Mit Stellungnahme vom 14. Dezember 2022 erklärte sich die Gemeinde mit dieser Präzisierung einverstanden. Daraus lässt sich ableiten, dass die vom Rechtsamt der BVD vorgeschlagene Präzisierung dem entspricht, was die Gemeinde mit «ausserhalb des bewilligten Perimeters» meinte. Der Beschwerdeführer äussert sich in seiner Eingabe vom 24. Dezember 2022 nicht zur vorgeschlagenen Präzisierung. Soweit er mit seinen Ausführungen sinngemäss geltend macht, mit «ausserhalb des bewilligten Perimeters» sei die Fläche ausserhalb der grün markierten Fläche im erwähnten Situationsplan vom 11. Juni 2019 gemeint, kann ihm nicht gefolgt werden (vgl. oben). Damit ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Ziffer 4.2 der angefochtenen Verfügung der Gemeinde vom 8. September 2022 im erwähnten Sinne von Amtes wegen zu präzisieren.

b) Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁴ In Fällen, in denen der Adressat der Wiederherstellungsverfügung darauf verzichtet hat, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, hat die Behörde im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung der Wiederherstellung grundsätzlich die Pflicht, wenigstens summarisch zu untersuchen, ob die betreffende Baute oder Anlage materiell rechtswidrig ist. Eine bloss formelle Rechtswidrigkeit genügt nicht, um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen.¹⁵

c) Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, auf der Südseite habe er einen Sickerschacht für das Dachwasser und für das Wasser der F. _____ strasse erstellt. Aus diesem Grund habe er südseits mehr Humus abgetragen und einen tiefen Graben bis zum Sickergrund ausheben müssen. Die Aufschüttungen habe er vorgenommen, um die Laufhofflächen für die Tiere erstellen zu können, welche gemäss DZV¹⁶ erforderlich seien. Zudem müsse einen Viehtransporter zu den Laufställen der Kälber, der Rinder und der Kühe fahren können, um die gemästeten Tiere tierschutzgerecht zu verladen. Seines Erachtens sei die heutige Umgebung bei seinem Stall im Sinne der Agrarpolitik erstellt worden und erlaube ein rationelles Arbeiten. Es brauche einen Auslauf, der den Tieren praktisch jeden Tag und bei jeder Witterung, also auch bei vereistem Untergrund, einen sicheren Zugang gewähre.

Es ist unklar, was der Beschwerdeführer aus diesen Ausführungen zu seinen Gunsten ableiten will. Allenfalls bestreitet er damit sinngemäss die Verhältnismässigkeit des angeordneten Rückbaus der Geländeaufschüttungen, eventuell will er hiermit sinngemäss geltend machen, die vorgenommenen Geländeaufschüttungen seien bewilligungsfähig. Darauf ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung und der dort vorzunehmenden summarischen Prüfung der materiellen Bewilligungsfähigkeit einzugehen (vgl. E. 5f). Ansonsten bestreitet der Beschwerdeführer die Rechtmässigkeit der Wiederherstellungsanordnung nicht. Dennoch ist nachfolgend kurz zu prüfen, ob die Anordnung den rechtlichen Vorgaben entspricht.

¹⁴ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

¹⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a.

¹⁶ Verordnung vom 23. Oktober 2013 über die Direktzahlungen der Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV, SR 910.13).

d) Wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Bewilligungspflicht erkundigen.¹⁷ Bei Anwendung der zumutbaren Aufmerksamkeit und Sorgfalt hätte der Beschwerdeführer wissen müssen, dass Geländeaufschüttungen in diesem erheblichen Umfang und unter Zuführung von Fremdmaterial baubewilligungspflichtig sind und mit dem Entscheid vom 8. August 2019 nicht bewilligt wurden (vgl. E. 4). Er hätte bei gebotener Sorgfalt auch annehmen müssen, dass diese Aufschüttungen in der Landwirtschaftszone nicht bewilligungsfähig sein dürften. Daran vermag auch die im Jahr 2008 erlittene Erkrankung und der in diesem Zusammenhang stehende teilweise Gedächtnisverlust, insbesondere in Stresssituationen (vgl. Stellungnahme vom 24. Dezember 2022), nichts zu ändern. Es ist zudem weder erkennbar noch wird es geltend gemacht, dass die Behörden zu irgendeinem Zeitpunkt den Anschein vermittelt hätten, die strittigen Geländeaufschüttungen könnten ohne Baubewilligung realisiert werden. Der Beschwerdeführer kann sich daher nicht auf den Gutglaubensschutz berufen.

Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch eine Bauherrschaft berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.¹⁸

e) An der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. Dieses besteht zum einen in der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, wobei dem öffentlichen Interesse am konsequenten Vollzug des Bau-, Planungs- und Umweltrechts ausserhalb des Baugebiets besonderes Gewicht zukommt.¹⁹ Am ungeschmälernten Erhalt und am schonenden Umgang des Nichtbaugebiets besteht ein grosses Interesse. Andererseits sprechen auch präjudizielle Gründe für eine vollständige Wiederherstellung. Der Bauherr, der sich nicht an die Baubewilligung hält oder ohne Baubewilligung baut, soll nicht besser gestellt werden als ein Bauherr, der die Baubewilligung einhält.

f) Bleibt die Frage der Verhältnismässigkeit des angeordneten Rückbaus. Sinngemäss scheint der Beschwerdeführer die Verhältnismässigkeit der Anordnung mit seinen Einwänden anzuzweifeln, ohne jedoch konkrete Rügen hierzu vorzubringen.

Der geforderte Rückbau der Geländeaufschüttungen inkl. Abführung des Aushubmaterials und des zugeführten Materials ausserhalb des bewilligten Perimeters gemäss den mit Entscheid vom 8. August 2019 (Nr. 2014-0032) bewilligten Plänen «Grundriss Stall und Querschnitt» und «Fassaden» (beide mit Revisionsdatum vom 25. April 2019 und mit Bewilligungstempel der Gemeinde vom 8. August 2019) ist erforderlich und geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind hier nicht ersichtlich. Diese Wiederherstellungsmassnahmen sind für den Beschwerdeführer sowohl in sachlicher wie auch in finanzieller Hinsicht zumutbar. Daran ändern auch die Vorbringen des Beschwerdeführers nichts (vgl. E. 5c), zumal dem Beschwerdeführer mit Entscheid vom 8. August 2019 um den Neubau der Scheune auch ein Vorplatz / Freilauf für die Tiere westlich und südlich der neuen Scheune und ein Freilaufbereich im östlichen Teil dieser Scheune bewilligt wurde (vgl. Grundrissplan Stall vom 25. April 2019 mit Bewilligungstempel der Gemeinde vom 8.

¹⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b.

¹⁸ BVR 2006 S. 444 E. 6.1.

¹⁹ BGE 1C_397/2007 vom 27. Mai 2008 E. 3.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a.

August 2019) und die Zugänglichkeit mit Viehtransporten sowie das rationelle Arbeiten auch ohne die vorgenommenen Geländeaufschüttungen ausserhalb der damals bewilligten Aussenflächen des Stalls gewährleistet ist. Soweit der Beschwerdeführer daher mit seinen Vorbringen versucht, die Notwendigkeit der Aufschüttungen für seine Tierhaltung zu begründen, so kann ihm nicht gefolgt werden.

Eine summarische Prüfung ergibt schliesslich, dass Geländeaufschüttungen in diesem beträchtlichen Umfang unter Verwendung von Fremdmaterial (im Umfang von 592 m³) im freien Feld in der Landwirtschaftszone nicht bewilligungsfähig wären. Eine Bewilligung gestützt auf Art. 16a RPG²⁰ fällt nicht nur mangels Notwendigkeit der Terrinaufschüttungen für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung (Art. 16a Abs. 1 RPG, Art. 34 Abs. 4 Bst. a RPV²¹) ausser Betracht (welche der Beschwerdeführer auch mit seinen Vorbringen in der Beschwerde nicht zu begründen vermag, vgl. Abschnitt oben), sie widerspricht auch – den Ausführungen des AGR in seiner Stellungnahme vom 1. November 2022 folgend – den raumplanungsrechtlichen Vorgaben zum möglichst ungeschmälernten Erhalt des Nichtbaugebiets gemäss Art. 1 Abs. 1 RPG. Dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 24 ff. RPG zur Anwendung gelangen könnte, ist weder erkennbar noch geltend gemacht.

Insgesamt ist damit die Verhältnismässigkeit des angeordneten Rückbaus zu bejahen. Auch diesbezüglich vermag die vom Beschwerdeführer in der Stellungnahme vom 24. Dezember 2022 erwähnte Erkrankung im Jahr 2008 nichts zu ändern.

g) Zusammenfassend ist die von Amtes wegen präzierte Wiederherstellungsanordnung rechtens und die Beschwerde ist abzuweisen.

6. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²²). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

²⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

²¹ Raumplanungsverordnung des Bundesrats vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

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

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Ziffer 4.2 des Dispositivs der Verfügung der Gemeinde Frutigen vom 8. September 2022 wird von Amtes wegen wie folgt ergänzt (Ergänzung unterstrichen):

«4.2 Der vollständige Rückbau der Geländeaufschüttungen inkl. Abführung des Aushub- und zugeführten Materials ausserhalb des bewilligten Perimeters gemäss den mit Entscheid vom 8. August 2019 (Nr. 2014-0032) bewilligten Plänen «Grundriss Stall und Querschnitt» und «Fassaden» (beide mit Revisionsdatum vom 25. April 2019 und mit Bewilligungstempel der Gemeinde vom 8. August 2019) hat innert 90 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheides zu erfolgen und ist unverzüglich der Baupolizeibehörde unaufgefordert mittels vollständig ausgefüllten SB 2 zusammen mit den entsprechenden Entsorgungsbelegen zu melden.»

Im Übrigen wird die Verfügung der Gemeinde Frutigen vom 8. September 2022 bestätigt.

3. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.00 werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn C. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Frutigen, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

