



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2022/39

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 29. Juni 2022

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Herrn **D.**_____
Beschwerdeführer 2

Herrn **E.**_____
Beschwerdeführer 3

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____

und

G._____
Beschwerdegegner

sowie

Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, Poststrasse 25, 3071 Ostermundigen

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Fraubrunnen, Gemeindeverwaltung,
Dorfstrasse 10, 3308 Grafenried

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

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 2. Februar 2022
(aufun 22/2021; Ökologische Aufwertung Q._____ und Erweiterung Kiebitzschutzgebiet,
Schaffung offener Wasserflächen)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtentscheid vom 9. November 2015 erteilte das Regierungsstatthalteramt dem Beschwerdegegner gestützt auf die positive Verfügung des AGR vom 21. Juli 2015 die Baubewilligung für die ökologische Aufwertung des Q._____ und die Erweiterung des Kiebitzschutzgebiets sowie die Schaffung offener Wasserflächen auf den Parzellen Fraubrunnen 1 Grundbuchblatt Nrn. A._____, B._____, H._____, I._____, L._____,

J._____, K._____, M._____ und N._____. Die Parzellen liegen in der Landwirtschaftszone. Die Beschwerdeführer erhoben damals keine Beschwerde.

2. Mit Schreiben vom 13. September 2021 gelangten die Beschwerdeführer an das Regierungsstatthalteramt und beantragten mit einem ersten Rechtsbegehren den Widerruf der Baubewilligung vom 9. November 2015, die Erteilung des Bauabschlags und – soweit gestützt auf diese Bewilligung schon Massnahmen ausgeführt worden sind – die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, insbesondere hinsichtlich der Fruchtfolgefläche auf Parzelle Fraubrunnen 1 Grundbuchblatt Nr. L._____. Gleichzeitig beantragten sie mit einem zweiten Rechtsbegehren «nachträgliche Baubeschwerde», dass dem Baugesuch des Beschwerdegegners aus dem Jahr 2015 der Bauabschlag zu erteilen sei, ebenfalls unter Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Als drittes Rechtsbegehren «Baupolizeiliche Anzeige» verlangten sie, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, die Fruchtfolgefläche auf Parzelle Fraubrunnen Grundbuchblatt Nr. L._____ in der Qualität wiederherzustellen, wie sie vor der Baubewilligung vom 9. November 2015 bestanden habe.

Mit Verfügung vom 2. Februar 2022 verfügte das Regierungsstatthalteramt, dass der Gesamtentscheid vom 9. November 2015 nicht widerrufen werde und auch keine anderen baupolizeilichen Massnahmen getroffen würden.

3. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführer am 7. März 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

- «1. Die angefochtene Verfügung des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 2. Februar 2022 (aufun 22/2021) sei aufzuheben.
2. Der Gesamtbauentscheid des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 9. November 2015 (Verfahren bbew 313/2015; ökologische Aufwertung Q._____ und Erweiterung Kiebitzschutzgebiet, Schaffung offener Wasserflächen) sei zu widerrufen und der Gesamtbauentscheid sei aufzuheben. Dem Bauvorhaben gemäss Baugesuch vom 15. April 2015 «ökologische Aufwertung Q._____ und Erweiterung Kiebitzschutzgebiet, Schaffung offener Wasserflächen» (bbew 313/2015) sei der Bauabschlag zu erteilen.
3. Die Sache sei im Übrigen zur Durchführung der erforderlichen baupolizeilichen Schritte (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland zu überweisen.»

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Eingabe vom 21. März 2022 verzichtete das Amt für Wasser und Abfall (AWA) auf eine Stellungnahme. Es führte dabei aus, die Beschwerde beziehe sich ausschliesslich auf die Ausführungen ihres damaligen Fachbereichs «Bodenschutz». Dieser Fachbereich sei im Zusammenhang mit der Umsetzung der Direktionsreform per 1. Juli 2020 vom AWA ins Amt für Landwirtschaft und Natur (LANAT) der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern (WEU) verschoben worden. Seit diesem Zeitpunkt sei die Fachstelle Boden der Abteilung Strukturverbesserungen und Produktion (ASP) zuständig für den Vollzug des baulichen Bodenschutzes. Allfällige Fragen seien daher an die Fachstelle Boden der ASP zu richten. Das Regierungsstatthalteramt beantragt mit Stellungnahme vom 30. März 2022 unter Verweis auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid die Abweisung der Beschwerde. Mit Eingabe vom 5. April 2022 verzichtete die Gemeinde auf eine Stellungnahme. Die ANF beantragt mit Stellungnahme vom 6. April 2022 die

¹ 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).

Abweisung der Beschwerde. Denselben Antrag stellt das AGR mit Eingabe vom 6. April 2022. Der Beschwerdegegner beantragt mit Stellungnahme vom 9. April 2022 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Fachstelle Boden des LANAT nahm schliesslich mit Schreiben vom 11. April 2022 zu den in der Beschwerde aufgeführten Punkten zu den Fruchtfolgeflächen Stellung.

Mit Stellungnahme mit dem Datum «2. Juni 2022» (eingegangen am 21. Juni 2022) nahmen die Beschwerdeführenden zu den eingereichten Eingaben nochmals Stellung.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen nachträgliche Beschwerde

a) Die Beschwerdeführer erheben einerseits nachträgliche Beschwerde und beantragen in diesem Zusammenhang die Aufhebung der Baubewilligung vom 9. November 2015 (bbew 313/2015) und die Erteilung des Bauabschlags. Sie bringen vor, die bereits im vorinstanzlichen Verfahren erhobene nachträgliche Beschwerde hätte von der Vorinstanz gestützt auf Art. 4 Abs. 1 VRPG² an die BVD weitergeleitet werden müssen. Nachdem sie dies unterlassen habe, erfolge die Weiterleitung sozusagen mit der vorliegenden Beschwerde.

b) Der Entscheid des Regierungsstatthalteramts vom 9. November 2015 ist ein Gesamtentscheid im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KoG³, die damalige Verfügung des AGR vom 21. Juli 2015 eine weitere Verfügung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Bst. b KoG. Beide sind gestützt auf Art. 11 Abs. 1 KoG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KoG mit Beschwerde nach Art. 40 Abs. 1 BauG⁴ bei der BVD anfechtbar. Diese ist somit grundsätzlich zur Beurteilung der nachträglichen Beschwerde zuständig.

c) Die Beschwerdeführer bringen vor, die Beschwerdeführer 2 und 3 seien bereits bei Einreichung des Baugesuchs Eigentümer von Parzellen neben dem Perimeter des Baugesuchs gewesen. Dem Baugesuch vom 15. April 2015 habe sich weder in der Publikation noch aus den Baugesuchsakten entnehmen lassen, dass Fruchtfolgeflächen nicht nur beansprucht, sondern gleichsam vernichtet würden. Diese Erkenntnis habe sich erst aus der Auskunft des LANAT vom 27. August 2021 ergeben. Sie hätten daher zuvor nicht erkennen können, dass eigentlich bereits 2015 ein Planungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Die Publikation habe zudem keinen Hinweis auf die ebenfalls erforderliche Ausnahme für Eingriffe in Bestände geschützter Pflanzen und Eingriffe in Lebensräume geschützter Tiere beinhaltet. Fehlende Hinweise auf erforderliche Ausnahmen würden dazu führen, dass die Frist nicht zu laufen beginne. Insoweit habe die Frist zur Einsprache bzw. zur Beschwerde (weil inzwischen ein Entscheid ergangen sei) erst ab dem Moment der Auskunft des LANAT vom 27. August 2021 zu laufen begonnen, weshalb die am 13. September 2021 eingereichte nachträgliche Beschwerde rechtzeitig sei und vom Regierungsstatthalteramt hätte weitergeleitet werden müssen.

² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

³ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

d) Unterbleibt die gebotene Bekanntmachung, so läuft die Einsprachefrist nicht. Gleiches gilt, soweit die Publikation in relevanten Punkten unvollständig war (z.B. fehlender Hinweis auf notwendige Ausnahmen). Wenn jemand unverschuldeterweise am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen hat, so hat dies zur Folge, dass der Entscheid gegenüber der übergangenen Partei nicht in Rechtskraft erwachsen (sog. «hinkende Rechtskraft») und diese den Bauentscheid nachträglich anfechten kann.⁵

Die Veröffentlichung des Baugesuchs hat u.a. die für das Bauvorhaben beanspruchten Ausnahmen zu enthalten (Art. 26 Abs. 3 Bst. e BewD⁶). Vorliegend wurden in der Baupublikation sowohl im Anzeiger als auch im kantonalen Amtsblatt zwar auf die beanspruchten Ausnahmen für das Bauen ausserhalb des Baugebiets (Art. 24 ff. RPG⁷), für eine Baute in Waldesnähe (Art. 25 KWaG⁸) und für das Unterschreiten des Strassenabstands (Art. 11 GBR⁹) hingewiesen, nicht aber auf die ebenfalls erforderlichen und erteilten Ausnahmegewilligungen für Eingriffe in Bestände geschützter Pflanzen und in Lebensräume geschützter Tiere (vgl. Art. 20 NHG¹⁰, Art. 20 Abs. 3 NHV¹¹, Art. 15 NSchG¹², Art. 19 ff. NSchV¹³).¹⁴ Damit steht fest, dass die Publikation in relevanten Punkten unvollständig war, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt.¹⁵ Die Einsprachefrist begann daher noch nicht mit der Publikation zu laufen.

Ob auch der Eingriff in Fruchtfolgeflächen im Publikationstext hätte ausdrücklich aufgeführt werden müssen, kann unter diesen Umständen offen bleiben. Diesbezüglich gilt es allerdings dennoch zu beachten, dass Interessierte und insbesondere die Beschwerdeführer als Nachbarn aus der Umschreibung in der Publikation («Ökologische Aufwertung des Q._____ und Erweiterung des Kiebitzschutzgebiets, Schaffung offener Wasserflächen») und der darin aufgeführten Parzellen in der Landwirtschaftszone bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten schliessen müssen, dass dieses Vorhaben die auf den betroffenen Parzellen vorhandenen Fruchtfolgeflächen tangiert. Die Beschwerdeführer scheinen dies selber so zu sehen, wenn sie in ihrer Beschwerde (S. 11) ausführen, dass die Umschreibung des Bauvorhabens, wonach u.a. offene Wasserflächen geschaffen würden, eine bodenverändernde Nutzung darstelle.

e) Aufgrund der mangelhaften Publikation stand es daher den Beschwerdeführern offen, innert 30 Tagen nach Kenntnis des massgebenden Sachverhalts noch ein Rechtsmittel einzulegen, sofern sie sich dazu als legitimiert betrachteten. Die 30-tägige Frist für eine nachträgliche Einsprache/Beschwerde beginnt erst zu laufen, wenn die beschwerdeberechtigte Person Kenntnis von allen für die erfolgreiche Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Punkten hat bzw. bei gebührender Aufmerksamkeit haben könnte. Die Kenntnis des massgebenden Sachverhalts ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts dann gegeben, wenn die beschwerdeberechtigte Person im Besitz der für die erfolgreiche Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Informationen ist bzw. bei gebührender Aufmerksamkeit hätte sein können. Dabei ist nicht erforderlich, dass sie alle Einzelheiten der behördlichen Anordnung erfährt. Es genügt vielmehr, dass sie Kenntnis von den wesentlichen Elementen erhält. Diese Kenntnis konnte auch auf informellem Weg erlangt werden, etwa durch eigene Beobachtungen oder über Medien.

⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art.35-35c N. 11, Art. 38-39 N. 26 ff., Art. 40-41 N. 3.

⁶ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

⁷ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700).

⁸ Kantonales Waldgesetz vom 5. Mai 1997 (KWaG; BSG 921.11).

⁹ Baureglement der Gemeinde Fraubrunnen vom 12. Oktober 2009, genehmigt durch das AGR am 1. März 2010.

¹⁰ Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451).

¹¹ Verordnung des Bundesrats vom 16. Januar 1991 über den Natur- und Heimatschutz (NHV; SR 451.1).

¹² Naturschutzgesetz vom 15. September 1992 (NSchG; BSG 426.11).

¹³ Naturschutzverordnung vom 10. November 1993 (NSchV; BSG 426.111).

¹⁴ Vorakten Regierungsstatthalteramt zu bbew 313/2015, pag. 46 ff.

¹⁵ Zaugg/Ludwig, Band I, a.a.O., Art. 35-35c N. 8a.

Beschwerdewillige sind alsdann verpflichtet, die ihnen zumutbaren Schritte zur Fristwahrung zu unternehmen, indem sie sich beispielsweise nach dem Vorliegen einer Bewilligung erkundigen oder sich bei der Behörde um eine nachträgliche Zustellung des fraglichen Verwaltungsakts bemühen. Übermässige Nachforschungen werden indes als nicht zumutbar erachtet. Welches Mass an Aufmerksamkeit der übergangenen Partei zugemutet werden darf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.¹⁶ Nebst der Art und der Bedeutung des Eröffnungsmangels kann es eine Rolle spielen, ob es sich um eine Sache handelt, die bereits Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens bildete oder die dringlich ist, ob die betroffene Person vom Verfahren bzw. vom fraglichen Verwaltungsakt Kenntnis hatte, ob sie rechtskundig bzw. zumindest prozesserfahren ist oder durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt oder eine andere berufsmässig vor den Behörden auftretende rechtskundige Person vertreten war und ob die massgebenden Vorschriften eindeutig sind.¹⁷

f) Vorliegend war die Publikation zwar mangels Aufführen der beanspruchten Ausnahmen für Eingriffe in Bestände geschützter Pflanzen und Eingriffe in Lebensräume geschützter Tiere mangelhaft, sie ist jedoch nicht unterblieben. Vielmehr wurde das Vorhaben sowohl im Anzeiger Fraubrunnen (Ausgabe vom 17. Juli 2015 und Ausgabe vom 24. Juli 2015) als auch im kantonalen Amtsblatt (Ausgabe vom 22. Juli 2015) publiziert. Aufgrund dieser Publikation hätten die Beschwerdeführer bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit vom Vorhaben nicht nur Kenntnis haben müssen; vielmehr ist davon auszugehen, dass sie davon auch tatsächlich Kenntnis hatten. So führen sie in ihrer Eingabe vom 13. September 2021¹⁸ selber aus, das Gesuch habe damals «eine blosse ökologische Aufwertung beinhaltet, weshalb wir keine Einsprache erhoben haben». Dieser bewusste Verzicht auf eine Einsprache macht deutlich, dass die Beschwerdeführer damals um das publizierte Vorhaben wussten.

Auch als Laien wären sie sodann aufgrund der Kenntnis der Publikation verpflichtet gewesen, sich nach einer gewissen Zeit über das Vorliegen einer Baubewilligung zu erkundigen und sich um die nachträgliche Zustellung des strittigen Gesamtentscheids vom 9. November 2015 zu bemühen. So hätten sie auch über die erteilten Ausnahmegewilligungen nach Naturschutzrecht erfahren. Aus dem Amtsbericht des AWA vom 5. August 2015¹⁹ – welchen die Beschwerdeführer nach Kenntnis des Gesamtentscheids im Rahmen der ihnen zustehenden Akteneinsicht hätten einsehen können – ergibt sich schliesslich explizit, dass das Projekt über 14 ha Fruchtfolgeflächen umfasse und die Bodenabtragung zu einer FFF-Abwertung führe. Ob eine Akteneinsicht hier zu den zumutbaren Schritten zur Fristwahrung gehört hätte, kann offen bleiben, da die Beschwerdeführer nach dem Gesagten bereits aufgrund der Publikation über das Tangieren von Fruchtfolgeflächen wussten bzw. hätten wissen müssen.

Schliesslich war das Aufwertungsprojekt spätestens nach dessen Vollendung im Jahr 2016 – insbesondere für die Nachbarn – in seiner vollen Ausführung ersichtlich. Für die Beschwerdeführer war daher spätestens zu diesem Zeitpunkt auch erkennbar bzw. es hätte für sie bei gebotener Sorgfalt erkennbar sein müssen, dass Eingriffe in Bestände geschützter Pflanzen und Eingriffe in Lebensräume geschützter Tiere stattfanden sowie Fruchtfolgeflächen beeinträchtigt wurden. Spätestens zu diesem Zeitpunkt begann die 30-tägige Frist für eine nachträgliche Einsprache/Beschwerde zu laufen.

¹⁶ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 44 N. 59; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 11.

¹⁷ Daum, a.a.O., Art. 44 N. 51.

¹⁸ Vorakten Regierungsstatthalteramt zu aufun 22/2021 pag. 11.

¹⁹ Vorakten Regierungsstatthalteramt zu bbw 313/2015, pag. 115.

Insgesamt hätten die Beschwerdeführer damit bei zumutbarer Aufmerksamkeit lange vor der von ihnen als fristauslösend bezeichneten Auskunft des LANAT vom 27. August 2021 Kenntnis vom massgebenden Sachverhalt haben müssen. Die Rechtsmittelfrist für eine nachträgliche Beschwerde war somit im Zeitpunkt der Einreichung (Schreiben vom 13. September 2021, Postaufgabe 20 September 2021) bereits abgelaufen. Die streitige Baubewilligung ist mit dem unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist auch den Beschwerdeführern gegenüber in Rechtskraft erwachsen. Auf die verspätet eingereichte Beschwerde ist daher wegen Fristablaufs nicht einzutreten.

2. Eintretensvoraussetzungen Widerruf

a) Die Beschwerdeführer fechten die Verfügung des Regierungsstatthalteramts vom 2. Februar 2022 andererseits deshalb an, weil mit diesem ihr Gesuch um Widerruf der Baubewilligung vom 9. November 2015 (bbew 313/2015) abgewiesen wurde. Gemäss Art. 43 Abs. 3 BauG kann eine Widerrufsverfügung wie ein Bauentscheid angefochten werden. Dieser Rechtsweg steht auch im Falle der Verweigerung eines beantragten Widerrufs offen.²⁰ Das Eintreten auf die Beschwerde richtet sich somit nach den Voraussetzungen gemäss Art. 40 BauG.

b) Nach dieser Bestimmung können Bauentscheide innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde gegen einen Widerrufsentscheid ist legitimiert, wer in einer besonderen Beziehungsnähe zur Streitsache steht.²¹ Den Widerruf können daher Einspracheberechtigte (Art. 35 f. BauG) und allenfalls die betroffene Grundeigentümerschaft verlangen.²² Zur Einsprache ist befugt, wer durch das Bauvorhaben unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen ist. Fehlt der antragstellenden Person die besondere Beziehungsnähe und somit die Legitimation zur Einleitung eines Widerrufsverfahrens, dann hat sie keinen Anspruch auf eine materielle Entscheidung der Baubewilligungsbehörde über den Widerruf und auch keinen Anspruch auf eine Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz, ob die Behörde ihr Widerrufsermessen pflichtgemäss ausgeübt hat.

c) Die Beschwerdeführer sind mit ihrem Antrag auf Widerruf bei der Vorinstanz nicht durchgedrungen und damit formell beschwert. Die Beschwerdeführer 2 und 3 sind gemäss eigenen Angaben seit 1982 bzw. 2002 Eigentümer von Parzellen unmittelbar angrenzend an den Projektperimeter der 2005 bewilligten Aufwertung Q._____. Sie bringen u.a. vor, durch das Vorhaben seien sie in der Nutzung der eigenen landwirtschaftlichen Parzellen tangiert. Die eher intensive Landwirtschaft auf Fruchtfolgeflächen kollidiere mit den ökologisch ausgerichteten Nutzinteressen im Perimeter des Vorhabens. Sie waren daher bereits im Zeitpunkt des Gesamtentscheids vom 9. November 2015 in besonderer Beziehungsnähe zur Streitsache und deshalb unmittelbar in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen. Ob dies auch auf den Beschwerdeführer 1 zutrifft, welcher gemäss Angaben in der Beschwerde erst seit 2020 Eigentümer einer unmittelbar an den Projektperimeter angrenzenden Parzelle ist, kann damit offen bleiben, da auf die Beschwerde ohnehin einzutreten ist.

d) Insgesamt ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde der Beschwerdeführer gegen die Abweisung des Widerrufsgesuchs einzutreten.

²⁰ Zaugg/Ludwig, Band I, a.a.O., Art. 43 N. 3.

²¹ BVR 1990 S. 424 E. 3 f.

²² Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 3; BVR 1990 S. 424 E. 3 und 4a.

3. Voraussetzungen des Widerrufs, Interessen am Erhalt

a) Die Baubewilligungsbehörde kann nach Art. 43 Abs. 1 BauG eine Baubewilligung widerrufen, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilt wurde (ursprünglicher Mangel) oder bei ihrer Ausübung mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar ist (nachträglicher Mangel). Dabei gilt nicht jeder ursprüngliche Mangel als Widerrufsgrund, spricht doch ein gewichtiges Rechtssicherheitsinteresse für die Beständigkeit einer rechtskräftig erteilten Baubewilligung. Da die Baubewilligung aufgrund eines ausgebauten Verfahrens mit weitgehenden Prüfungs-, Einsprache- und Beschwerdemöglichkeiten zustande gekommen ist, darf sie nicht leichthin in Frage gestellt werden. Ein Widerruf setzt deshalb voraus, dass die Ausführung des Bauvorhabens wesentliche schutzwürdige Interessen verletzen würde. Das kann z.B. auch der Fall sein bei ungenügend geprüfter oder falsch prognostizierter und daher erst nachträglich festgestellter Umweltbelastung.²³ Ob reine Verfahrensmängel allein einen Widerruf rechtfertigen, ist nicht geklärt. Der Wortlaut des Gesetzes schliesst einen Widerruf aus formellen Gründen jedoch nicht aus. Schwere Verfahrensfehler (wie beispielsweise die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde oder die vollständige Unterlassung der Bekanntmachung eines Gesuchs) müssten wohl einen Widerruf erlauben.²⁴

Die Wendung «mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar» ist restriktiv zu verstehen und bedeutet nicht jede Rechtswidrigkeit. Vorab ist damit eine erhebliche Bedrohung der Sicherheit und Gesundheit von Personen oder Tieren gemeint. In Frage kommt sodann eine erhebliche Gefährdung der Umwelt.²⁵ Das Widerrufsinteresse muss also im Verhältnis zum Interesse an der Rechtssicherheit überwiegen.

Beim Entscheid, ob eine Baubewilligung widerrufen werden soll, geniesst die Behörde ein gewisses Entscheidungsermessen («kann»-Vorschrift). Sie muss ihr Ermessen aber pflichtgemäss ausüben.²⁶ Sind aufgrund der Baubewilligung bereits erhebliche Arbeiten ausgeführt, so ist der Widerruf nach Art. 43 Abs. 2 BauG nur zulässig, wenn überwiegende, besonders wichtige Interessen ihn gebieten (d.h. mit dem Bauvorhaben derart schwerwiegende Nachteile verbunden wären, dass sie keinesfalls in Kauf genommen werden dürfen) oder wenn die gesuchstellende Person die Bewilligung durch Irreführung erwirkt hat.²⁷

b) Das 2015 bewilligte Vorhaben (ökologische Aufwertung des Q._____ und die Erweiterung des Kiebitzschutzgebiets sowie die Schaffung offener Wasserflächen) wurde gemäss den unbestrittenen Ausführungen des Beschwerdegegners im Jahr 2016 abgeschlossen. Es ist damit seit längerer Zeit realisiert. Im Jahr 2020 erfolgte die öffentliche Auflage für ein naturschutzrechtliches Unterschutzstellungsverfahren. Der Schutzbeschluss der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (WEU) erfolgte am 13. Januar 2022; aufgrund einer Beschwerde ist dieser Beschluss aber nicht rechtskräftig (vgl. Beschwerde, S. 5).

Aufgrund der Vollendung des Bauwerks gelangt Art. 43 Abs. 2 BauG zur Anwendung. Der Widerruf ist damit nur zulässig, wenn überwiegende, besonders wichtige Interessen ihn gebieten. Bei dieser Interessenabwägung ist das öffentliche Interesse am Erhalt des Aufwertungsprojekts «Q._____» miteinzubeziehen. Das öffentliche Interesse an solchen Aufwertungsprojekten ist aufgrund des dramatischen Rückgangs an Feuchtgebieten grundsätzlich sehr gross, wie die ANF in ihrer Stellungnahme vom 6. April 2022 detailliert und nachvollziehbar ausführt. Der grosse Wert

²³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 4.

²⁴ Vgl. zum Ganzen: Zaugg/Ludwig, Band I, a.a.O., Art. 43 N. 4 mit Hinweisen.

²⁵ Zaugg/Ludwig, Band I, a.a.O., Art. 43 N. 5 mit Hinweisen.

²⁶ Zaugg/Ludwig, Band I, a.a.O., Art. 43 N. 3.

²⁷ Vgl. zum Ganzen: VGE 2019/122 vom 27. März 2020, E. 3.1.

des hier strittigen Gebiets als Lebensraum für Flora und Fauna zeigt die Fachstelle u.a. mit folgenden Ausführungen in der erwähnten Stellungnahme in plausibler Weise auf:

«Das 2015 realisierte Aufwertungsprojekt ist eingefasst von einem für den Artenschutz wertvollen Waldstück, einem libellenreichen kleinen Fliessgewässer und der zwar begradigten, aber wichtigen Vernetzungsachse, der Urtenen. Es handelte sich aufgrund der vorkommenden gefährdeten und geschützten Arten beim Kiebitzbrutgebiet im Q._____ ganz klar um einen naturschützerisch äusserst wertvollen Lebensraum nach Art. 14 Abs. 3 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz (NHV; SR 451.1). Der Kanton, die Abteilung Naturförderung hat i.S. von Art. 18 Abs. 1 NHG gehandelt, denn gerade in der intensiv genutzten Umgebung vom Q._____ sind der ökologische Ausgleich nach Art. 18b Abs. 2 NHG sowie die seltenen Lebensraumtypen nach Art. 18 Abs. 1^{bis} NHG von sehr grosser Bedeutung. Die potenzielle nationale Bedeutung des Gebiets ergibt sich schliesslich aus mehreren Gründen: Einerseits aus dem Vorkommen der national prioritären Arten wie z.B. der Kiebitz, der Ameisen-Moorbläuling, die Mopsfledermaus oder die Vielfalt der vorkommenden Amphibienarten, weshalb es sich zusätzlich um ein Amphibienlaichgebiet von nationaler Bedeutung (ALG) handeln könnte, andererseits aus dem unbestrittenen Status als Kerngebiet der ökologischen Infrastruktur im Berner Mittelland. Das erklärt auch den grossen finanziellen Beitrag des Bundes an dieses Projekt. Das Bafu hat an den Landerwerb und an die Aufwertungsmassnahmen mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten beigetragen. Das Aufwertungsprojekt Q._____ zeigt vorbildlich auf, was besonders im Schweizer Mittelland für den Erhalt der Biodiversität zwingend nötig ist. [...] Das Potential für eine Aufwertung und Wiederherstellung eines Feuchtgebiets ist deshalb in diesem Gebiet besonders hoch. Nicht zuletzt wegen der oben genannten vorkommenden «Relikt-Arten», aber auch, weil die geologisch mosaikartige Bodenbeschaffenheit (sandig, lehmig, organisch, usw.) aufgrund der ursprünglichen Auendynamik auf ein grosses Entwicklungspotential schliessen lässt.»

Das Bestreben, das aufgewertete Gebiet unter Schutz zu stellen, ist ein weiteres klares Zeichen, dass der Erhalt dieses Gebiets aus Sicht des Naturschutzes von grossem Interesse ist. Unter dieser Prämisse ist nachfolgend zu prüfen, ob gestützt auf die Vorbringen der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für einen Widerruf der Bewilligung aus dem Jahr 2015 nach Art. 43 Abs. 2 BauG erfüllt sind (E. 4 bis 6).

4. Befangenheit

a) Die Beschwerdeführer rügen eine Befangenheit von Frau O._____, Sachbearbeiterin bei der ANF. Frau O._____ sei seit Längerem Vorstandsmitglied des Beschwerdegegners und Baugesuchstellers. Frau O._____ habe auch das Baubewilligungsverfahren 2015 massgeblich mitgestaltet. Sie habe am 15. April 2015, auf Briefpapier der ANF, ein ausführliches Begleitschreiben zum Baugesuch verfasst, in welcher sie das Vorhaben mit überschwänglichen Wort lobte. Es treffe zwar zu, dass Frau O._____ den Amtsbericht des ANF vom 30. Juli 2015 nicht unterschrieben habe. Dieser weise jedoch einleitend und grundlegend auf das Schreiben von Frau O._____ vom 15. April 2015 hin, so in den Beurteilungsgrundlagen als auch bei der Ausgangslage. Dieses Begleitschreiben als Teil des Baugesuchs sei damit auch Teil des Amtsberichts Naturschutz der ANF und insoweit auch ein behördliches Dokument. Frau O._____ habe schliesslich auch das im Jahr 2020 eingeleitete Unterschutzstellungsverfahren für die ANF betreut. Die sowohl für die ANF als auch für den Beschwerdegegner tätige O._____ sei daher i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. f VRPG befangen. Sie hätten diese Interessenkollision am 1. Dezember 2021 – nach gewährter Akteneinsicht am 1. November 2021 und erfolgter Antwort der Vorinstanz zum nicht vorgefundenen Bericht der ASP am 26. November 2021 – und damit bei nächster Gelegenheit moniert. Die Missachtung der Ausstandsvorschriften habe grundsätzlich die Aufhebung des zustande gekommenen Verwaltungsakts zur Folge. Eine Heilung falle ausser Betracht, zumal Sach- und Fachfragen zur Diskussion stünden, bei denen just der den Amtsbericht ausstellenden Behörde besonderes Fachwissen zukomme. Die durch die

Befangenheit tangierten Interessen seien daher als wesentlich und schutzwürdig i.S.v. Art. 43 Abs. 1 BauG zu qualifizieren.

b) Eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, tritt in den Ausstand, wenn sie aus einem der in Art. 9 Abs. 1 Bst. a bis f VRPG aufgeführten Gründe in der Sache befangen sein könnte. Ausstandspflichtig ist nur, wer verfügt, (mit-)entscheidet oder auf andere Art und Weise auf das Zustandekommen einer Verfügung bzw. eines Entscheides Einfluss nehmen kann. Bei der Auslegung der Ausstands- und Ablehnungsgründe ist auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen von Art. 29 und Art. 30 BV²⁸ betreffend unabhängige und unparteiische Richter und Gleichbehandlung zu berücksichtigen. Für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nichtrichterlicher Behördenmitglieder gelten aber nicht die gleichen Grundsätze wie für Mitglieder von Gerichtsbehörden. Verwaltungsbehörden sind aber nicht wie Gerichte einzig zur neutralen Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen; sie tragen zugleich eine besondere Verantwortung für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Bei nichtrichterlichen Behördenmitgliedern ist daher dem spezifischen Umfeld und Aufgabenbereich von Verwaltungs- und Exekutivbehörden Rechnung zu tragen und die Anforderungen an die Unparteilichkeit sind unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation zu ermitteln. Nichtrichterliche Entscheidträger haben nur in den Ausstand zu treten, wenn er am betreffenden Geschäft ein persönliches Interesse hat, wenn er in einer besonders nahen Beziehung zu einer Partei steht oder zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber einer Partei seine persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck gebracht hat oder wenn ihm Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen sind, die nach ihrer Natur oder wegen ihrer aussergewöhnlichen Häufung besonders schwer wiegen und auf eine gravierende Verletzung ihrer Amtspflichten hinauslaufen.²⁹ Ein Ausstandsgrund kann unter gewissen Voraussetzungen auch dann vorliegen, wenn sich eine Amtsperson schon vorher über die konkrete Sache geäußert hat oder mit der Sache vorbefasst war.³⁰

c) Frau O._____ ist einerseits Mitarbeiterin des Bereichs Arten und Lebensräume der ANF und hat in dieser Funktion ein «Begleitschreiben zum Baugesuch» vom 15. April 2015 an die Gemeinde gerichtet, in welchem sie die ökologische Bedeutung des Projekts und das öffentliche Interesse daran verdeutlichte und zu bekennen gab, dass die ANF das Projekt begrüße und das Vorhaben unterstütze. Andererseits ist sie Beisitzerin im Vorstand des Beschwerdegegners, wobei sie diesen Beisitz kraft Amtes als ANF-Vertreterin innehat und in dieser Funktion ausschliesslich die Interessen des Kantons vertritt. In beiden Rollen vertrat bzw. vertritt sie in ihrer Funktion als Mitarbeiterin des ANF rein öffentliche Interessen im Rahmen des dieser Amtsstelle übertragenen, gesetzlichen Auftrags (vgl. insb. Art. 1, 3 und 15 NSchG). Frau O._____ hat damit kein persönliches Interesse am Bauvorhaben, was im Übrigen auch die Beschwerdeführer nicht konkret geltend machen und in ihrer Stellungnahme mit dem Datum «2. Juni 2022» (eingegangen am 21. Juni 2022) selber so ausführen. Ein unmittelbares persönliches Interesse liegt nur dann vor, wenn der Entscheid für das betreffende Behördenmitglied zu einem direkten Vor- oder Nachteil rechtlicher, tatsächlicher, ideeller oder finanzieller Art führt oder wenn dadurch unmittelbar dessen Rechte und Pflichten festgelegt werden. Eine mittelbare oder indirekte Betroffenheit führt dann zur Ausstandspflicht, wenn die persönliche Interessensphäre des Behördenmitglieds durch den Entscheid spürbar tangiert ist.³¹ Beides ist vorliegend weder erkennbar noch geltend gemacht.

²⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

²⁹ BGE 140 I 326 E. 5.2; BVR 2011 S. 128 E. 2.2; Lucie von Büren, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 N. 5.

³⁰ BGer 2C_1007/2013 vom 23.5.2014, E. 2.2 mit Hinweisen.

³¹ Von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 14 ff.

Allerdings ist nicht abzustreiten, dass Frau O._____ als Beisitzerin im Vorstand des Beschwerdegegners eine besonders nahe Beziehung zu dieser Partei hat, was nach dem Gesagten (E. 4b) ebenfalls eine Ausstandspflicht auslöst. Dies bleibt jedoch ohne Folgen, da nicht sie, sondern Frau Franziska von Lerber (Bereichsleiterin Arten und Lebensräume der ANF) den massgebenden Amtsbericht Naturschutz vom 30. Juli 2015 unterzeichnete und damit als Verfasserin dieses Amtsberichts gilt. Dass sie dabei im Amtsbericht als Beurteilungsgrundlage auch auf das von Frau O._____ in ihrer Funktion als Mitarbeiterin des ANF verfasste «Begleitschreiben zum Baugesuch» vom 15. April 2015 zurückgriff, ändert daran nichts und ist nicht zu beanstanden. Insbesondere führte dies – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer – nicht dazu, dass dieses Begleitschreiben materiell selbst Teil des Amtsberichts geworden wäre; vielmehr ist es einfach Teil der Beurteilungsgrundlagen, die von Frau von Lerber als Verfasserin des Berichts für ihre Beurteilung der Bewilligungsvoraussetzungen beizugezogen wurden. Schliesslich bestehen keine Indizien (und es wird auch durch die Beschwerdeführer nicht behauptet), dass die materielle Beurteilung nicht durch Unterzeichnende als Verfasserin des Amtsberichts, sondern durch Frau O._____ erfolgt wäre. Ebenso wenig ist erkennbar oder geltend gemacht, dass Frau von Lerber ausstandspflichtig gewesen wäre. Der Amtsbericht vom 30. Juli 2015 erging damit nicht in Verletzung der Ausstandspflichten.

d) Weiter ist beachten, dass Ausstandsgründe nach der Rechtsprechung sofort, d.h. ab Kenntnis der Befangenheit, gerügt werden müssen.³² Praxisgemäss gilt ein Ablehnungsgesuch innert sechs bis sieben Werktagen nach Kenntnis des Ablehnungsgrunds als rechtzeitig eingereicht. Ein Zuwarten während mehrerer Wochen ist nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt.³³

Die Vorinstanz gewährte den Beschwerdeführern am 1. November 2021 Einsicht in die Akten.³⁴ Ab diesem Zeitpunkt hatten die Beschwerdeführer Kenntnis von den nötigen Grundlagen, mit welchen sie die angebliche Befangenheit von Frau O._____ begründeten. Die von ihnen erwähnte Antwort der Vorinstanz zum nicht vorgefundenen Fachbericht der ASP vom 26. November 2021 war in diesem Zusammenhang nicht relevant. Die Rüge der Befangenheit erfolgte durch die Beschwerdeführer erstmals mit Schreiben vom 1. Dezember 2021³⁵ und damit ein Monat nach Einsicht in die relevanten Verfahrensakten. Auch als Laien hätten sie diese Rüge gestützt auf die Ausführungen oben früher vorbringen müssen. Die Rüge der Befangenheit erweist sich damit zusätzlich als verspätet.

e) Selbst wenn – entgegen dem Gesagten – von einer Verletzung der Ausstandspflichten auszugehen wäre und die Rüge rechtzeitig erfolgt wäre, würde dies kein derart schwerer Verfahrensmangel darstellen, welcher einen Widerruf nach Art. 43 Abs. 2 BauG rechtfertigen könnte (vgl. E. 3a).

5. Beanspruchung Fruchtfolgeflächen (FFF), formelle Rügen

a) Im Zusammenhang mit der Beanspruchung von FFF machen die Beschwerdeführer zunächst formelle Mängel geltend. Die Vorinstanz habe im Jahr 2015 die Fachstelle des LANAT betreffend FFF, die ASP, nicht in die Entscheidungsfindung miteinbezogen. Dies anerkenne sie inzwischen auch, verweise aber auf den Amtsbericht des AWA vom 5. August 2015, der erwähne, die ASP habe die Bewilligungsfähigkeit in Aussicht gestellt. Zudem würde die Vorinstanz auf ein

³² Vgl. VGE 2020/28 vom 11. September 2020, E. 2.2 mit weiteren Hinweisen.

³³ Lucie von Büren, a.a.O., Art. 9 N. 55; VGE 2021/90 vom 10. Mai 2021.

³⁴ Vorakten Regierungsstatthalteramt zu aufun 22/2021 pag. 25.

³⁵ Vorakten Regierungsstatthalteramt zu aufun 22/2021 pag. 37.

Telefonat mit Herrn P. _____ von der ASP verweisen. Dies vermöge jedoch keinen genügenden Einbezug der Fachbehörde zu begründen. Aus dem indirekten Verweis im AWA-Bericht werde nicht klar, aus welchen Gründen eine allfällige Zustimmung der ASP erfolgt sei. Bei beidem fehle es zudem an der erforderlichen Schriftlichkeit als Verfahrensgrundsatz im Verwaltungsprozess. Selbst falls die verschärften Bedingungen zur Nutzung von FFF im Zeitpunkt der Baubewilligung noch nicht gegolten hätten, wäre ein Einbezug der ASP zwingend erforderlich gewesen. Dies stelle ein Verfahrensfehler dar, der wesentliche schutzwürdige Interessen betreffe.

b) Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid vom 2. Februar 2022 aus, es stimme, dass kein Fachbericht der ASP vorliege. Dies bedeute aber nicht, dass die ASP gar nicht ins Verfahren miteinbezogen worden wäre. Vielmehr sei im Amtsbericht des AWA vom 5. August 2015 explizit festgehalten, dass die Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens von der ASP bereits in Aussicht gestellt worden sei. Es habe damals ein Austausch zwischen dem AWA und der ASP stattgefunden. Herr P. _____ von der ASP habe gegenüber dem Regierungsstatthalter-Stv. in einem Telefonat sodann bestätigt, dass hier eine fachliche Absprache zwischen dem AGR und dem ASP stattgefunden habe. Der Austausch habe – wie damals üblich – informell stattgefunden. Dies einerseits aufgrund der damals unklaren rechtlichen Situation, andererseits infolge knapper Ressourcen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen seien gemäss Herr P. _____ geprüft und letztlich sei auch die Zustimmung seitens der ASP erteilt worden.

Die Fachstelle Boden der ASP bestätigte mit Stellungnahme vom 11. April 2022, dass die ASP über das Vorhaben informiert und in den Prozess einbezogen worden sei. Sie hätten sich dahingehend geäußert, dass die Voraussetzungen für die Beanspruchung von FFF aus ihrer Sicht gegeben seien. Ein eigentlicher Fachbericht sei nicht erstellt worden. Dieses Vorgehen habe der damaligen Praxis für vergleichbare Vorhaben entsprochen. Es sei korrekt, dass sich die ASP zu diesem Zeitpunkt mit der Beurteilung der Beanspruchung von FFF beschäftigt habe und je nach Verfahren miteinbezogen worden sei. Allerdings sei die Beurteilung nicht zwingend in der Form eines Fachberichts erfolgt und es sei erst Recht keine Zustimmung in Form einer eigentlichen Bewilligung nötig gewesen (fehlende rechtliche Grundlage).

c) Den glaubhaften und von den Beschwerdeführern auch nicht bestrittenen Ausführungen der Vorinstanz und der ASP folgend ist Letztere in das damalige Bewilligungsverfahren miteinbezogen worden und hat das Vorhaben hinsichtlich der Beanspruchung von FFF positiv beurteilt. Dies ergibt sich auch aus dem damaligen Amtsbericht des AWA vom 5. August 2015. Es steht damit fest, dass die fachliche Beurteilung des strittigen Aufwertungsprojekts durch die ASP erfolgt ist.

Der einzige Mangel, den die Beschwerdeführer damit beanstanden, ist die fehlende Schriftlichkeit dieser fachlichen Beurteilung durch die ASP. Es ist unstrittig, dass damals kein Fachbericht der ASP erging. Ob deren Beurteilung mittels schriftlichem Fachbericht tatsächlich zwingend nötig war, wie dies die Beschwerdeführer vorbringen, ist fraglich, da die ASP bloss als Fachstelle beizuziehen war und nicht im Rahmen eines Amtsberichts eine Bewilligung zu erteilen hatte. Letztlich kann dies aber offen bleiben. Wie bereits ausgeführt (E. 3a) könnten höchstens schwere Verfahrensfehler einen Widerruf begründen. Da das Vorhaben zudem schon vollendet ist, müsste der Widerruf zudem durch besonders wichtige Interessen geboten sein. Selbst wenn im damaligen Verfahren durch das Fehlen eines schriftlichen Fachberichts der ASP der Grundsatz der Schriftlichkeit verletzt worden wäre, so stellt dies jedenfalls kein solch gravierender Verfahrensfehler dar, welcher einen Widerruf des vollendeten Bauvorhabens rechtfertigen könnte.

d) Die Beschwerdeführer rügen sodann, soweit sich die Vorinstanz schliesslich auf ein Telefonat nach demjenigen vom 26. November 2021 beziehe, als die Vorinstanz sie informiert habe, hätte ihnen dazu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden müssen. In diesem Fall hätte die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt.

Gemäss Ausführungen des Regierungsstatthalteramts in der Stellungnahme vom 30. März 2022 gab es nur ein einziges Telefonat mit Herrn P._____, und zwar jenes, über dessen Inhalt der stellvertretende Regierungsstatthalter die Anzeiger mit Mail vom 26. November 2021 informiert habe.

Die erwähnte E-Mail Nachricht vom 26. November 2021 ist aktenkundig.³⁶ Für allfällige weitere, danach ergangene Telefongespräche bestehen keine konkreten Hinweise; solche vermögen auch die Beschwerdeführer nicht vorzubringen. Ihre blossе Vermutung eines weiteren Telefongesprächs ist damit nicht belegt und die Rüge entsprechend ungenügend begründet. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht erkennbar.

6. Beanspruchung Fruchtfolgeflächen (FFF), materielle Vorbringen

a) Die Beschwerdeführer rügen eine unzulässige Beanspruchung von FFF. Die ökologischen Aufwertungsmassnahmen würden eine bodenverändernde Nutzung im Sinne von Art. 8b BauG darstellen. So werde gemäss Baugesuch ackerfähiger und landwirtschaftlich wertvoller Boden abhumusiert und es würden offene Wasserflächen geschaffen. Die Parzelle Nr. L._____ habe vor 2015 unstrittig FFF-Qualität gehabt. Im Inventar sei sie heute noch verzeichnet, jedoch habe das LANAT ihnen mitgeteilt, dass materiell keine FFF-Qualität mehr vorliege. Es stimme zwar, dass die verschärften gesetzlichen Vorgaben zur Beanspruchung infolge anderer bodenverändernder Nutzung erst seit 1. April 2017 im Baugesetz stünden. Indes sei der Schutz der FFF bundesrechtlich schon vor dem 1. April 2017 verschärft worden. Gestützt auf die RPG- und RPV-Revision per 1. Mai 2014 habe der Regierungsrat am 18. September 2014 den Richtplan 2030 mit grundlegenden Anpassungen für die öffentliche Mitwirkung freigegeben. Bestandteil dieser Revision sei eine grundlegende Anpassung des Massnahmenblatts A_06 «Fruchtfolgeflächen schonen» gewesen. Das neue Massnahmenblatt statuiere in Ausführung von Art. 3 Abs. 2 Bst. a RPG einen verbesserten Schutz der FFF und habe in wesentlichen Zügen vorweggenommen, was dann mit der Baugesetzrevision am 1. April 2017 formell-gesetzlich verankert worden sei. Das revidierte Massnahmenblatt sei zusammen mit dem Richtplan 2030 durch den Regierungsrat am 2. September 2015 genehmigt worden. Bereits ab dieser Genehmigung sei der neue Richtplan für die bernischen Behörden verbindlich geworden (Art. 104 Abs. 4 BauG). Es gehe demnach beim Schutz der FFF vor dem 1. April 2017 nicht lediglich um behördenverbindliche Vorschriften zuhanden der Planungsbehörden. Die erhöhten Schutzvorschriften im Bundesrecht und im Richtplan würden sich vielmehr auch an die Baubewilligungsbehörden im Rahmen konkreter Projekte richten. Die Anpassung des Richtplans und die vorgesehenen erhöhten Schutzvorschriften seien bereits seit Eröffnung der Vernehmlassung 2014 absehbar gewesen. Das Baugesuch sei kurz vor der Genehmigung des Richtplans 2030 eingereicht worden, was auch daran liegen dürfte, dass man damit der Anwendung der verschärften Schutzbestimmungen zuvorkommen wollte. Entsprechend sei mit Blick auf Art. 36 Abs. 3 BauG neues Recht bzw. das Recht im Zeitpunkt des Entscheids anwendbar. Am 9. November 2015 habe der am 2. September 2015 genehmigte Richtplan für Behörden des Kantons Bern gegolten. Es hätte daher im Rahmen einer Interessenabwägung dargelegt werden müssen, dass die Abwertung bzw. Vernichtung von der FFF zwingend nötig gewesen wäre. Diese Prüfung sei nicht erfolgt. Bei Zulässigkeit des Eingriffs hätte zudem bereits eine Kompensation von FFF vorgesehen werden müssen. Dies sei nicht passiert. Es sei weder ein zonenkonformes Vorhaben vorgelegen noch eine zwingend zu erfüllende, standortgebundene Aufgabe. Bei der Umsetzung des bundesrechtlich verlangten Schutzes von Biotopen würden die Kantone ein derart weites Ermessen haben, dass nicht gesagt werden könne, die Beanspruchung würde in Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Aufgabe im Sinne einer Gegen Ausnahme

³⁶ Vorakten Regierungsstatthalteramt zu aufun 22/2021 pag. 31.

der Kompensationspflicht erfolgen. Die Förderung des Bestands der Kiebitze hätte auch nicht zwingend die Vernichtung der FFF erforderlich gemacht. Die Baubewilligung 2015 verletze damit in mehrfacher Hinsicht materiellrechtliche Bestimmungen zum Schutz der FFF. Diese hätten sehr hohe raumplanungs- und baurechtliche Bedeutung. Es handle sich somit um wesentliche schutzwürdige Bestimmungen im Sinne von Art. 43 BauG.

b) Es ist unstrittig, dass die kantonalen Bestimmungen zu den FFF in Art. 8b BauG und Art. 11a ff. BauV³⁷, welche konkrete Regeln zur Einzonung und zur Inanspruchnahme von FFF für andere bodenverändernde Nutzungen sowie zu deren Kompensation statuieren, erst am 1. April 2017 in Kraft traten und damit auf das am 15. April 2015 eingereichte und mit Gesamtentscheid vom 9. November 2015 bewilligte Baugesuch zur ökologischen Aufwertung des Q. _____ nicht anwendbar waren (vgl. Art. 36 Abs. 1 BauG).

Zu beachten waren damals die bundesrechtlichen Bestimmungen zu den FFF im RPG und in der RPV, welche am 1. Mai 2014 in Kraft traten. So statuiert Art. 3 Abs. 2 Bst. a RPG als Planungsgrundsatz, dass der Landwirtschaft genügende Flächen geeigneten Kulturlandes, insbesondere Fruchtfolgeflächen erhalten bleiben sollen. Gemäss Art. 15 Abs. 3 RPG gilt sodann Folgendes: «Lage und Grösse der Bauzonen sind über die Gemeindegrenzen hinaus abzustimmen; dabei sind die Ziele und Grundsätze der Raumplanung zu befolgen. Insbesondere sind die Fruchtfolgeflächen zu erhalten sowie Natur und Landschaft zu schonen.» In den Art. 26 ff. RPV finden sich nach grundsätzlichen Ausführungen zur Bestimmung von FFF und der Definition des Mindestumfangs durch den Bund (Art. 26 RPV: Grundsätze, Art. 27 RPV: Richtwerte des Bundes, Art. 28 RPV: Erhebung der Kantone, Art. 29 RPV: Sachplan des Bundes) Vorgaben zur Sicherung der Fruchtfolgeflächen (Art. 30 RPV). Danach sorgen die Kantone dafür, dass die Fruchtfolgeflächen den Landwirtschaftszonen zugeteilt werden; sie zeigen in ihren Richtplänen die dazu erforderlichen Massnahmen (Abs. 1). Fruchtfolgeflächen dürfen nach Abs. 1^{bis} dieser Bestimmung nur eingezont werden, wenn (a) ein auch aus der Sicht des Kantons wichtiges Ziel ohne die Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen nicht sinnvoll erreicht werden kann; und (b) sichergestellt wird, dass die beanspruchten Flächen nach dem Stand der Erkenntnisse optimal genutzt werden. Gemäss Abs. 2 von Art. 30 RPV stellen die Kantone sicher, dass ihr Anteil am Mindestumfang der Fruchtfolgeflächen dauernd erhalten bleibt. Soweit dieser Anteil nicht ausserhalb der Bauzonen gesichert werden kann, bestimmen sie Planungszonen für unerschlossene Gebiete in Bauzonen.

Auf Planungsstufe galt im Zeitpunkt des strittigen Baubewilligungsverfahrens einerseits noch der Sachplan FFF des Bundes vom 8. April 1992 (dieser wurde erst am 8. Mai 2020 durch den überarbeiteten Sachplan FFF 2020 ersetzt). Der Sachplan 1992 bzw. der damals ergangene Bundesratsbeschluss³⁸ legten fest, wie viele Hektaren der kantonale Mindestumfang an FFF beträgt und führten relativ unkonkret aus, dass die Kantone die notwendigen Massnahmen zur Sicherung des kantonalen Mindestumfangs an Fruchtfolgeflächen ergreifen (vgl. vorinstanzlicher Entscheid vom 2. Februar 2022, S. 4 oben).

Andererseits enthielt der kantonale Richtplan bereits Vorgaben zu den FFF. Zum Zeitpunkt der Einreichung des Baugesuchs (15. April 2015) galt noch das Massnahmenblatt A_06 «Fruchtfolgeflächen schonen» (Stand: 3. Juli 2013)³⁹, vor dem Zeitpunkt des Gesamtentscheids (9. November 2015) hatte der Regierungsrat eine Anpassung dieses Massnahmenblatts verabschiedet (Massnahmenblatt A_06 «Fruchtfolgeflächen schonen», Stand: 2. September

³⁷ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

³⁸ Beides zu finden auf der Internetseite des Bundesamts für Raumentwicklung www.are.admin.ch, Dossier Sachplan FFF.

³⁹ Beschlossen durch den Regierungsrat am 3. Juli 2015 (RRB 956/2013).

2015⁴⁰). Ob gestützt auf Art. 36 Abs. 1 BauG das Massnahmenblatt A_06 Stand 3. Juli 2013 zu beachten war oder ob – wie dies die Beschwerdeführer vorbringen – gestützt auf Art. 36 Abs. 3 BauG bereits das Massnahmenblatt A_06 Stand 2. September 2015 zur Anwendung gelangte, welches ab Zeitpunkt des Regierungsratsbeschlusses für die Behörden des Kantons Bern bereits verbindlich war (vgl. Art. 104 Abs. 4 BauG), kann hier offen bleiben. So ergeben die nachfolgenden Ausführungen, dass das damalige Aufwertungsprojekt mit den Voraussetzungen des angepassten, aus Sicht der Beschwerdeführer zu beachtenden Massnahmenblatts A_06 Stand 2. September 2015 in Einklang stand.

c) Soweit die aufgeführten, damals bereits anwendbaren bundesrechtlichen Bestimmungen Vorgaben zur Zulässigkeit der Einzonung von FFF machen (Art. 30 Abs. 1^{bis} RPV), so waren diese Vorgaben vorliegend nicht von Belang, da das strittige Aufwertungsprojekt keine Einzonung beinhaltete. Gleiches gilt für Grundsätze des Massnahmenblatts A_06, welche im Zusammenhang mit einer Einzonung stehen. Auf diese ist daher ebenfalls nicht näher einzugehen. Dass sodann aufgrund des strittigen Projekts der Anteil des Kantons Bern am Mindestumfang der Fruchtfolgeflächen nicht erhalten werden konnte, ist weder erkennbar noch wird dies von den Beschwerdeführern geltend gemacht. Den damals anwendbaren rechtlichen Vorgaben liess sich daneben – neben den allgemeinen Planungsgrundsätzen (Erhalt von genügend FFF für die Landwirtschaft, Art. 3 Abs. 2 Bst. a RPG und Art. 15 Abs. 3 RPG) – lediglich noch entnehmen, dass die Kantone dafür sorgen, dass die FFF den Landwirtschaftszonen zugeteilt werden und sie in ihren Richtplänen die dazu erforderlichen Massnahmen aufzeigen (Art. 30 Abs. 1 RPV). Entsprechend musste das damalige Bauvorhaben auf die Einhaltung der im erwähnten Massnahmenblatt A_06 Stand 2. September 2015 überprüft werden.

Diese Anforderungen hat das Projekt nach Ansicht der Fachstelle Boden der ASP erfüllt, wie sie dies in ihrer Stellungnahme vom 11. April 2022 umfassend darlegt. Darin ging die Fachbehörde auf alle im Zusammenhang mit diesem Projekt relevanten Grundsätze des Massnahmenblatts A_06 Stand 2. September 2015 ein und kam dabei zu folgenden Schlüssen:

«Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine geringfügige Beanspruchung (< 30 m²). Folglich ist zu prüfen, ob die (relevanten) Grundsätze erfüllt sind. Grundsätze, welche nicht relevant sind (resp. im Zusammenhang mit einer Einzonung stehen), werden nicht näher erläutert.

Fruchtfolgeflächen dürfen nur beansprucht werden, wenn gestützt auf eine sachbezogene Interessenabwägung keine besseren Alternativen vorhanden sind. (Grundsatz 2)

Der Kiebitz ist in der Schweiz vom Aussterben bedroht (aufgeführt in der roten Liste). Am Standort des Bauvorhabens befindet sich die zweitgrösste Kiebitz-Brutkolonie der Schweiz. Eine Verschiebung an einen anderen Standort wäre nicht möglich gewesen resp. der Kiebitz ist auf das Vorhandensein von entsprechenden «offenen» Landschaften angewiesen. Folglich waren keine Alternativstandorte für das Bauvorhaben möglich, welche nicht zu einer Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen geführt hätten (angrenzende Flächen befinden sich ebenfalls im Inventar Fruchtfolgeflächen, vgl. Beilage 4 der Beschwerdeführenden). Aufgrund der Ausführungen in den Unterlagen ist zudem die Ausdehnung resp. die beanspruchte Fläche nachvollziehbar, um die Kiebitz-Population sicherzustellen. Grundsatz 2 wurde folglich erfüllt.

Für die beanspruchten Fruchtfolgeflächen ist eine optimale Nutzung zu gewährleisten. (Grundsatz 4)
Auf einem Teil des Grundstücks (östlicher Teil) bestanden zum Zeitpunkt der Baueingabe bereits ähnliche Strukturen, welche mit dem Bauvorhaben erstellt wurden. Die baulichen Tätigkeiten sind aufgrund der Erläuterungen in den Baugesuchsunterlagen nachvollziehbar. Die Ausdehnung resp. die Beanspruchung

⁴⁰ Beschlossen durch den Regierungsrat am 2. September 2015 (RRB 1032/2015).

von Fruchtfolgeflächen auf der gesamten Fläche des Grundstücks Fraubrunnen Gbbl. Nr. L. _____ ist ebenfalls nachvollziehbar (Sicherung Kiebitz-Population) Folglich wurde Grundsatz 4 erfüllt.

Eingezonte oder durch andere bodenverändernde Nutzungen beanspruchte Fruchtfolgeflächen sind zu kompensieren, ausser es liegen Gründe vor, damit von einer Kompensation abgesehen werden kann. So kann von einer Kompensation z.B. bei der Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Aufgabe abgesehen werden. (Grundsatz 5)

Der Kiebitz ist/war auf der Roten Liste der gefährdeten Pflanzen-, Tier- und Pilzarten der Schweiz aufgeführt. Rote Listen sind anerkannte wissenschaftliche Gutachten, in denen der Gefährdungsgrad von Arten dargestellt ist. Sie werden in der Schweiz im Auftrag des BAFU von Fachpersonen erstellt. Das Bauvorhaben dient der Erhaltung und dem Schutz des Kiebitz-Bestandes und damit dem Schutz einer vom Aussterben bedrohten Tierart (vgl. Art. 18 NHG). Im vorliegenden Fall konnte, da es sich um eine in der roten Liste aufgeführte Art handelt und das NHG einen entsprechenden Schutz vorschreibt sowie sich der Standort dazu eignet, von der Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe ausgegangen werden. Grundsatz 5 Buchstabe a) wurde folglich erfüllt und von einer Kompensation konnte abgesehen werden.

Bei einer irreversiblen Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen sind die Möglichkeiten für die Verwertung des fruchtbaren Bodenmaterials auszuschöpfen. Insbesondere muss der verwertbare Bodenaushub bei grossen Anlagen für die Aufwertung von degradierten landwirtschaftlichen Flächen verwertet werden, wenn dies ökologisch sinnvoll, technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist. (Grundsatz 8)

Der abgetragene Boden wurde auf den angrenzenden landwirtschaftlichen Nutzflächen zum Zweck der Bodenverbesserung aufgetragen. Dies führte zur Verbesserung der landwirtschaftlichen Nutzbarkeit der Flächen (detaillierte Massnahmen, vgl. Baugesuchsunterlagen). Grundsatz 8 wurde folglich erfüllt.»

Diese fachliche Beurteilung ist nachvollziehbar und plausibel, so dass die BVD keinen Grund sieht, diese in Frage zu stellen. Es steht gestützt auf diese Beurteilung für die BVD insbesondere fest, dass aufgrund der an diesem Standort sesshaften Kiebitz-Brutkolonie keine Alternativstandorte bzw. eine Verschiebung des Vorhabens möglich gewesen wäre, zumal die angrenzenden Flächen allesamt ebenfalls FFF darstellten. Die Notwendigkeit des gewählten Standorts ergab sich auch bereits aus den Baugesuchsunterlagen, so etwa aus den verschiedenen, begründeten Ausnahmegesuchen.⁴¹ Das Vorhaben war damit einerseits auf den Standort angewiesen; andererseits liegt es auf der Hand, dass ein solches ökologisches Aufwertungsprojekt ohne die Beanspruchung von FFF nicht sinnvoll verwirklicht werden kann. Das Vorhaben würde damit auch der heute zu beachtenden Vorgabe von Art. 8b Abs. 3 Bst. a BauG entsprechen. Das grosse öffentliche Interesse an diesem Projekt wurde sodann unter E. 3b dargelegt, so dass die Inanspruchnahme von FFF den Interessen an der Realisierung des Projekts – der Fachmeinung folgend – im Rahmen der gemäss Massnahmenblatt A_06 Stand 2. September 2015 (Massnahme 2) verlangten Interessenabwägung klar unterzuordnen ist. Weiter bestehen keine Indizien, dass die für das Projekt beanspruchte Fläche zu gross gewesen wäre; auch diesbezüglich kann der Einschätzung der Fachbehörde gefolgt werden, welche das Projekt als optimale Nutzung für die beanspruchten FFF beurteilt (Massnahme 4 des Massnahmenblatts, damit auch in Einklang mit dem heutigen, damals noch nicht anwendbaren Art. 8b Abs. 3 Bst. b BauG). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer kann bei der Erhaltung des Kiebitz-Bestands und damit beim Schutz einer vom Aussterben bedrohten bzw. stark gefährdeten Tierart sehr wohl von der Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Aufgabe gesprochen werden (Art. 18 NHG). Auf eine Kompensation konnte daher – wie dies die Fachstelle Boden richtig beurteilt – gemäss Massnahme 5 des Massnahmenblatt A_06 Stand 2. September 2015 verzichtet werden. In der Stellungnahme mit dem Datum «2. Juni 2022» (eingegangen am 21. Juni 2022) bringen die Beschwerdeführer diesbezüglich zusätzlich vor, um eine Dispensation von der Kompensation ableiten zu können, müsse belegt werden können, dass die Beanspruchung der ganzen Parzellenfläche für die

⁴¹ Vorakten Regierungsstatthalteramt zu bbew 313/2015, pag. 18 ff.

gesetzlich vorgeschriebene Aufgabe zwingend erforderlich gewesen wäre. Dieser Nachweis gelinge nicht und es sei durch nichts belegt, dass für den Schutz und Unterhalt des Biotops auf der gesamten Fläche von Parzelle Nr. L. _____ die FFF-Qualität zerstört werden musste. Die ASP als Fachbehörde sieht dies jedoch anders und kam – wie oben ausgeführt – zum Schluss, dass die Ausdehnung resp. die Beanspruchung von FFF auf der gesamten Fläche des Grundstücks Fraubrunnen Grundbuchblatt Nr. L. _____ nachvollziehbar sei (Sicherung Kiebitz-Population). Mit ihrem nicht näher begründeten Einwand und mangels konkreter Anhaltspunkte für ihren Standpunkt vermögen die Beschwerdeführer diese fachliche Einschätzung zur Grösse des Aufwertungsprojekts nicht in Frage zu stellen und die BVD sieht daher auch bezüglich der Dimensionierung keinen Grund, von der Beurteilung der Fachbehörde abzuweichen.

d) Insgesamt stand das strittige Vorhaben in Einklang mit den damals massgebenden rechtlichen Grundlagen zu den FFF und erfüllte die Voraussetzungen des Massnahmenblatts A_06 Stand 2. September 2015 des kantonalen Richtplans. Die Erteilung der Baubewilligung im Jahr 2015 ist daher auch unter diesem Aspekt nicht zu beanstanden. Erst Recht kann nicht von einer für den Widerruf vorausgesetzten Verletzung von wesentlichen schutzwürdigen Interessen bzw. von überwiegenden, besonders wichtigen Interessen am Widerruf des vollständig realisierten Vorhabens gesprochen werden. Die Rügen der Beschwerdeführer erweisen sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

7. Planungspflicht

a) Die Beschwerdeführer rügen schliesslich eine Verletzung der Planungspflicht. Der Beschwerdegegner und die ANF hätten vorliegend bereits 2015 die Schaffung eines eigentlichen Schutzgebiets zum Ziel gehabt. Die vorzeitige Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens erscheine künstlich und bewirke zufolge der Zerstückelung der Verfahren eine Minimierung der Rechte der Betroffenen. Sie hätten in einem Planungsverfahren Einsprache erheben können (und dies in Kenntnis der Tragweite des Bauvorhabens auch gemacht). Die ökologischen Massnahmen hätten 2015 für eine zonenfremde Nutzung ein FFF-Gebiet von 14 ha umfasst, wobei die Schaffung offener Wasserflächen auch negative Auswirkungen auf die landwirtschaftliche Bewirtschaftung benachbarter Flächen habe. Von der Aufwertung seien verschiedene Interessen betroffen, namentlich Naturschutz, Raumplanung, Bauten im Wasser, Bauen im Gewässerraum und Uferbereich, Bauen in Waldnähe, Nutzungskonflikte der ökologischen Massnahmen in einem Gebiet mit FFF, produzierender Landwirtschaft und privaten Wasserkonzessionsrechten, Archäologie und Strassenbaupolizei. Insgesamt sei 2015 für das strittige Vorhaben das falsche Verfahren gewählt worden. Es hätte bereits damals, und nicht erst nach Schaffung der Fakten im Jahr 2020, ein Planungsverfahren durchgeführt werden müssen. Die Wahl der falschen Verfahrensart und der Verlust von Mitwirkungsmöglichkeiten würden wesentliche schutzwürdige Interessen betreffen.

b) Das Bundesrecht verlangt, dass bei der Erfüllung raumplanerischer Aufgaben das angemessene Planungs- bzw. Entscheidungsinstrument zum Einsatz gelangt. In Bezug auf nicht zonenkonforme Bauten und Anlagen ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Ausnahmegewilligung unzulässig, wenn eine angemessene Beurteilung nur in einem Planungsverfahren möglich ist. Zieht ein nicht zonenkonformes Vorhaben durch seine Ausmasse oder seine Natur bedeutende Auswirkungen auf die bestehende Nutzungsordnung nach sich, so darf es deshalb nicht nach Art. 24 RPG, sondern erst nach einer entsprechenden Änderung des Zonenplans bewilligt werden. Wann ein nicht zonenkonformes Vorhaben hinsichtlich seines Ausmasses und seiner Auswirkungen auf die Nutzungsordnung so gewichtig ist, dass es erst nach einer Änderung oder Schaffung eines Nutzungsplans bewilligt werden darf, ergibt sich aus der Planungspflicht (Art. 2 RPG), den Planungsgrundsätzen und -zielen (Art. 1 und 3 RPG), dem

kantonalen Richtplan (Art. 6 ff. RPG) sowie der Bedeutung des Projekts im Lichte der im Raumplanungsgesetz festgelegten Verfahrensordnung. Die Planungspflicht soll sicherstellen, dass bei Bauvorhaben mit bedeutenden Auswirkungen auf die bestehende Nutzungsordnung die umfassende Interessenabwägung, die auch bezüglich der Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG erforderlich ist, unter demokratischer Mitwirkung der Bevölkerung (Art. 4 RPG) erfolgt und der Rechtsschutz (Art. 33 f. RPG) gesichert wird, ohne dass die bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG geltenden Einschränkungen der Legitimation zu beachten sind.⁴²

Bei der Beurteilung, ob eine Planungspflicht zu bejahen ist, kommt den zuständigen Behörden ein gewisser Spielraum zu; dass keine UVP nötig ist, will noch nicht heissen, dass auf eine Nutzungsplanung verzichtet werden kann.⁴³ Die Planungspflicht steht sodann unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit, sowohl was den Grundsatz der Planung als auch was ihr Ausmass anbelangt. Eine Planung kann unterbleiben, wenn und soweit eine zielgerichtete und allseitig abgestimmte Erfüllung der raumwirksamen Aufgabe auch ohne sie möglich ist. Umgekehrt muss eine Planung an die Hand genommen werden, sobald das Lösungspotenzial eines einfachen Bewilligungsverfahrens überanstrengt würde.⁴⁴

c) Das 2015 bewilligte und inzwischen realisierte Aufwertungsprojekt wurde in den Projekt- bzw. Baugesuchsunterlagen wie folgt umschrieben⁴⁵: «Geplant ist die Schaffung von temporären Gewässern, Hochstaudenfluren (feuchter Graben), Ruderalflächen und extensiv genutzten Wiesen (mager). Dafür ist eine Bodenabtragung von insgesamt 11'000 m³ fest geplant. Davon kann voraussichtlich der grösste Teil (9'550 m³) für eine nachhaltige Bodenverbesserung auf angrenzenden Landwirtschaftsparzellen genutzt werden. Das restliche Bodenmaterial weist eine zu niedrige Qualität auf, bzw. einen zu hohen Steingehalt für eine Bodenverbesserung und muss anderweitig verwertet werden.»

Es trifft zweifelsohne zu, dass der Projektperimeter eine beachtliche Grösse hat und das Vorhaben eine weitgehende Bodenabtragung beinhaltet. Dabei ist jedoch auch zu beachten, dass sich die eigentlichen Aufwertungsmassnahmen bzw. die Erweiterung des Kiebitzschutzgebiets und damit auch die vorgenommenen Bodenabtragungen auf die Parzelle Fraubrunnen 1 Grundbuchblatt Nr. L. _____ beschränkte (Kerngebiet des Projekts), welche 4.7 ha umfasst. Die umliegenden Flächen im Projektperimeter betreffen landwirtschaftliche Flächen, bei welchen der auf Parzelle Fraubrunnen 1 Grundbuchblatt Nr. L. _____ abgetragene Boden aufgetragen wurde und so eine Bodenaufwertung/Bodenverbesserung stattfand. Wenn daher im Amtsbericht des AWA vom 5. August 2015 von 14 ha FFF die Rede ist, welche das Projekt umfasst, so ist dieser Wert zu relativieren, da rund 9 ha davon eine Aufwertung von landwirtschaftlichen Flächen darstellt, wie dies auch der Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme vom 7. April 2022 überzeugend ausführt. Was die Parzelle Fraubrunnen 1 Grundbuchblatt Nr. L. _____ anbelangt, so ist in Zusammenhang mit dem Ausmass des Eingriffs zudem zu beachten, dass diese Parzelle (trotz ganzer Aufführung im Inventar FFF) bereits 2013 und damit vor Projektbeginn nur noch zu einem kleinen Teil effektiv als FFF genutzt wurde und der Rest extensiv genutzte Wiese, Saum auf Ackerland und Ruderalfläche bildete.⁴⁶ Die Ansicht der Beschwerdeführer, wonach die Schaffung offener Wasserflächen negative Auswirkungen auf die landwirtschaftliche Bewirtschaftung

⁴² BGer 1C_321/2019 vom 27. Oktober 2020, E. 2.5 mit weiteren Hinweisen.

⁴³ Zaugg/Ludwig, Band I, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 26–31 N. 1a.

⁴⁴ Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen, Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, 2019, Art. 2 N. 22.

⁴⁵ Vgl. u.a. Bericht zum Bau- und Auflageprojekt, 2015, Alnus AG / Geotest AG / Kissling+Zbinden AG, S. 1, Beilage 3 zu Stellungnahme ANF vom 6. April 2022.

⁴⁶ Bericht zum Bau- und Auflageprojekt, 2015, Alnus AG / Geotest AG / Kissling+Zbinden AG, S. 9 Abbildung 5, Beilage 3 zu Stellungnahme ANF vom 6. April 2022.

benachbarter Flächen habe, ist sodann zu relativieren. So wurden einerseits zu den angrenzenden Landwirtschaftsflächen hin Pufferzonen geschaffen.⁴⁷ Andererseits ist dem Einwand der Beschwerdeführer, wonach der Wasserspiegel auf der Parzelle Fraubrunnen 1 Grundbuchblatt Nr. L._____ künstlich hochgehalten werde, was die Nutzung der angrenzenden Landwirtschaftsflächen tangiere, zu widersprechen. So stellt die ANF in plausibler Weise klar, dass ein Grundwasserstand nicht künstlich durch Abschürfen der obersten Humusschicht herbeigeführt werden kann. Eine Stauung eines Fliessgewässers könne allenfalls solche Anhebungen des Grundwasserspiegels auslösen. Im damaligen Baugesuch sei jedoch nichts an den Fliessgewässern geplant gewesen. Die Bauherrin habe nicht in die Fliessgewässer eingegriffen.⁴⁸ Gemäss Beschwerdegegner ist der Wasserspiegel auf dieser Parzelle vielmehr natürlicherweise so hoch. Insgesamt sind daher die Grösse des Projekts sowie die damit verbundenen Umwelteinwirkungen zu relativieren, weshalb diese Faktoren keine Planungspflicht auslösen konnten.

Die massgebenden, vom Aufwertungsprojekt tangierten Interessen (welche die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde zur Begründung der Planungspflicht aufführen, S. 17 der Beschwerde) wurden im Baubewilligungsverfahren von den zuständigen Fachstellen in den jeweiligen Amts- und Fachberichten umfassend beurteilt. Es ist daher nicht erkennbar, wieso das Baubewilligungsverfahren für das strittige Vorhaben nicht das geeignete und damit ausreichende Verfahren gewesen sein soll. Vielmehr war die zielgerichtete und allseitig abgestimmte Erfüllung der raumwirksamen Aufgaben (vgl. E. 7b, letzter Abschnitt) auch ohne Planung möglich. Schliesslich können die Beschwerdeführer nichts aus dem Einwand der Minimierung der Rechte der Betroffenen ableiten. Die Rechtsschutzbedürfnisse von Betroffenen konnten bei diesem Projekt mit den vorhandenen Einsprache- und Beschwerdemöglichkeiten des Baubewilligungsverfahrens genügend abgedeckt werden. Wie bereits ausgeführt (E. 1f) konnten Interessierte gestützt auf die Publikation des Vorhabens im Anzeiger sowie im kantonalen Amtsblatt die Dimensionen und Auswirkungen des Projekts auf die FFF zudem in genügender Weise abschätzen. Wenn die Beschwerdeführer daher sinngemäss vorbringen, sie hätten die Tragweite des Bauvorhabens einzig in einem Planungsverfahren erkennen können und dort Einsprache erhoben, so kann ihnen nicht gefolgt werden. Diese Möglichkeit stand ihnen auch im Baubewilligungsverfahren offen.

d) Im Rahmen des den Behörden zustehenden Spielraums ist es daher zusammenfassend nicht zu beanstanden, dass das strittige Projekt im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens beurteilt wurde. Ein Mangel der 2015 erteilten Baubewilligung ist auch in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen. Da das Vorhaben im Baubewilligungsverfahren umfassend geprüft wurde und sämtliche betroffenen Interessen bei der Beurteilung miteinbezogen wurden, könnte die falsche Verfahrensart hier schliesslich – selbst bei Bejahung der Planungspflicht – keinen Widerruf im Sinne von Art. 43 Abs. 2 VRPG begründen, zumal dies angesichts des grossen öffentlichen Interesses am vollständig realisierten Aufwertungsprojekt (vgl. E. 3b) kein überwiegendes, besonders wichtiges Interesse darstellt.

8. Ergebnis, Beweismittel und Kosten

a) Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für einen Widerruf des Gesamtentscheids des Regierungsstatthalteramts vom 9. November 2015 nicht erfüllt. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 2. Februar 2022 ist daher in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen. Auf die nachträgliche Beschwerde der Beschwerdeführer gegen den Gesamtentscheid vom 9. November

⁴⁷ Stellungnahme ANF vom 6. April 2022, S. 3.

⁴⁸ Stellungnahme ANF vom 6. April 2022, S. 3.

2015 ist sodann nicht einzutreten. Bei diesem Ergebnis gilt auch das dritte Rechtsbegehren der Beschwerdeführer, wonach die Sache zur Durchführung der erforderlichen baupolizeilichen Schritte (Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) an das Regierungsstatthalteramt zu überweisen ist, als abgewiesen.

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten genügend überprüft bzw. festgestellt werden. Auf die von den Beschwerdeführern beantragte Parteibefragung konnte daher verzichtet werden, da von diesem Beweismittel keine neuen relevanten Erkenntnisse zu erwarten waren. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.⁴⁹

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführer. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 2200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁵⁰). Die Beschwerdeführer unterliegen und haben damit keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 108 Abs. 3 VRPG und Art. 104 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Auf die nachträgliche Beschwerde gegen den Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 9. November 2015 (bbew 313/2015) wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde gegen die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Bern-Mittelland vom 2. Februar 2022 (aufun 22/2021) wird abgewiesen. Die Verfügung des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland vom 2. Februar 2022 wird bestätigt.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 2200.00 werden den Beschwerdeführern zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführer haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

⁴⁹ BVR 2017 S. 255 E. 5.1, 2012 S. 252 E. 3.3.3, je mit Hinweisen.

⁵⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- G._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland, per Mail
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Fraubrunnen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per mail
- Amt für Landwirtschaft und Natur (LANAT), Abteilung Naturförderung (ANF), per Mail
- Amt für Landwirtschaft und Natur (LANAT), Abteilung Strukturverbesserungen und Produktion (ASP), Fachstelle Boden, per Mail

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 sechs 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.



Kanton Bern
Canton de Berne

