

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2018/128 vom 8.11.2017).

RA Nr. 120/2017/64

Bern, 26. März 2018

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführer

und

Frau **B.** _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C. _____



sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen, Gemeindeverwaltung, Vordorfasse 1, 3714 Frutigen

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

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen vom 1. November 2017 (Nr. 2015-0107; Umnutzung der Garage mit Abstellraum in Wohnung) und die Verfügung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung (AGR) vom 19. Februar 2016 (Nr. 381 14 3401)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin ist Eigentümerin eines Gebäudes in der Landwirtschaftszone, welches Ende 1994 als Garage/Abstellraum bewilligt wurde, und zwar als Ersatzbaute für ein abzubrechendes Waschhaus. Im Jahr 2014 führte die Gemeinde eine Kontrolle durch, da auf der streitbetroffenen Parzelle diverse Bauarbeiten

ausgeführt wurden, welche baubewilligungspflichtig sind. Die Gemeinde stellte fest, dass sich im Gebäude am D._____weg Nr. F._____ im Parterre eine Wohnküche und ein Zimmer und im Obergeschoss zwei Zimmer und ein Badezimmer befinden und die Wohnnutzung, die Fassaden und die Fenstereinteilung nicht mehr dem bewilligten Zustand entsprechen. Wann die Liegenschaft zu Wohnzwecken umgenutzt wurde, ist unklar. Auf Ersuchen der Gemeinde reichte die Beschwerdegegnerin am 11. September 2015 ein nachträgliches Baugesuch ein für die Umnutzung der bestehenden Garage mit Abstellraum in (nichtlandwirtschaftlichen) Wohnraum auf Parzelle Frutigen Grundbuchblatt Nr. E._____. Mit Stellungnahme vom 26. Oktober 2015 verneinte das AGR die Bewilligungsfähigkeit der Umnutzung zu Wohnzwecken. Es wies zudem darauf hin, dass die an das umstrittene Gebäude angebaute Doppelgarage nicht mehr der Bewilligung vom 22. Oktober 2004 entspricht, wonach der Unterstand zweiseitig offen sein müsse. Die Beschwerdegegnerin reichte am 7. Dezember 2015 neue Pläne ein. Mit Verfügung vom 19. Februar 2016 verweigerte das AGR die Gewährung einer Ausnahmbewilligung gemäss Art. 24 ff. RPG¹ für das Bauen ausserhalb der Bauzone. Die Gemeinde erteilte daher mit Verfügung vom 1. November 2017 für die Umnutzung der Garage mit Abstellraum in eine Wohnung den Bauabschlag (Ziffer 1). Sie verzichtete auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Ziffer 2). Für den Fall weitergehender baulicher Massnahmen drohte sie eine Strafanzeige und eine Busse bei Nichtbefolgung der Verfügung an (Ziffer 3 und 4).

2. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 6. Dezember 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Ziffer 2 des Bauabschlags der Einwohnergemeinde Frutigen vom 1. November 2017 (Verzicht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes) sei aufzuheben.
2. Die Gemeinde sei anzuweisen, die vollständige Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anzuordnen.

unter Kostenfolge

¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde und die Beschwerdegegnerin beantragen die Abweisung der Beschwerde, die Beschwerdegegnerin insoweit, als auf die Beschwerde einzutreten sei. Das AGR beantragt die Gutheissung der Beschwerde. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

a) Angefochten ist einzig der Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 ff. BauG³ können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 49 BauG). Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 111 Abs. 2 BGG⁴ in Verbindung mit Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG und Art. 48 Abs. 4 RPV⁵ zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Einhaltung der Beschwerdefrist durch die Beschwerde vom 6. Dezember 2017. Es sei nicht einsichtig, weshalb dem Beschwerdeführer der Entscheid vom 1. November 2017 nicht wie ihr selbst am 2. November 2017 zugegangen sein sollte. Gemäss dem angefochtenen Entscheid eröffnete die Gemeinde diesen nur der Beschwerdegegnerin mit eingeschriebener Post. Den Beschwerdeführer bediente die Gemeinde einzig mit einer Kopie. Gemäss Poststempel des vom Beschwerdeführer eingereichten Umschlags versandte die Gemeinde diese Kopie am 1. November 2017 mit B-Post und der Eingangstempel auf dem Entscheidexemplar des Beschwerdeführers datiert vom 6. November 2017.⁶ Es ist daher davon auszugehen, dass der

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁴ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110)

⁵ Raumplanungsverordnung des Bundesrates vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

⁶ Vgl. Beschwerdebeilagen 1 und 2

Beschwerdeführer die Beschwerdefrist eingehalten hat. Auf seine formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

c) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet einzig die Frage, ob die Gemeinde zu Recht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet hat. Der von der Gemeinde gleichzeitig verfügte Bauabschlag wurde hingegen nicht angefochten. Demnach steht fest, dass die Umnutzung des als Garage/Abstellraum bewilligten Gebäudes zu Wohnzwecken formell und materiell rechtswidrig ist.

In den Plänen zum nachträglichen Baugesuch ist zudem die an das umstrittene Gebäude angebaute Doppelgarage eingezeichnet. Gemäss AGR entspricht diese nicht mehr der Bewilligung vom 22. Oktober 2004, wonach der Unterstand zweiseitig offen sein müsse. Die Beschwerdegegnerin hat in den Plänen zur Umnutzung zu Wohnzwecken auch Änderungen an der angebauten Doppelgarage vorgesehen (Entfernung der Verkleidung des Giebelfeldes bei der südöstlichen Öffnung sowie Öffnung der Nordostfassade). Mit dem Bauabschlag hat die Gemeinde diese Änderungen nicht bewilligt. Soweit ersichtlich, hat sie bezüglich der angebauten Doppelgarage keinen baupolizeilichen Entscheid gefällt. Auslöser und Gegenstand des nachträglichen Baubewilligungs- und hier strittigen Wiederherstellungsverfahrens waren die illegal eingebaute Wohnung und die Veränderungen an der Fassade des als Garage/Abstellraum bewilligten Gebäudes. Die angebaute Doppelgarage steht nicht in notwendigem Zusammenhang mit der illegalen Wohnung. Sie musste daher nicht zwingend Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens sein. Die Gemeinde wird die Abweichungen vom bewilligten Zustand jedoch in einem separaten baupolizeilichen Verfahren überprüfen müssen.

2. Wiederherstellung, Allgemeines

a) Kann ein bereits ausgeführtes Bauvorhaben nachträglich nicht bewilligt werden, so entscheidet die Baubewilligungsbehörde mit dem Bauabschlag zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD⁷). Die Anordnung darf

⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

nicht weiter gehen als zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des Pflichtigen muss durch ein genügend grosses öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes kann unterbleiben, wenn die verantwortliche Person in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des unrechtmässigen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt.⁸

b) Die Gemeinde verzichtete im angefochtenen Entscheid auf die Wiederherstellung. Im Dispositiv des Entscheids hält sie fest: "Die Baukommission hat aufgrund der bestehenden Situation vor Ort, der Verhältnismässigkeit und des Vertrauensschutzes entschieden, auf die Wiederherstellung der ursprünglich bewilligten Baute zu verzichten." Der angefochtene Entscheid enthält keine weitergehende Begründung zum Verzicht auf die Wiederherstellung.

c) Die Gemeinde begründet auch in ihrer Stellungnahme nicht, was sie mit der "bestehenden Situation vor Ort" meint. Allenfalls nimmt sie darauf Bezug, dass die Beschwerdegegnerin die anderen Baupolizeiverfahren innerhalb des Grundstückes nicht zu verantworten habe, wie sie in der Stellungnahme ausführt. Für das vorliegende Verfahren ergibt sich daraus nichts Relevantes.

3. Wiederherstellung, Vertrauensschutz

a) In ihrer Stellungnahme bringt die Gemeinde vor, die Beschwerdegegnerin habe nachweislich nichts mit dem Um- und Ausbau der Liegenschaft D. _____ weg Nr. F. _____ zu tun. Sie sei erst nach der erfolgten Umsetzung Eigentümerin dieser Liegenschaft geworden und habe das Gebäude somit "in Treu und Glauben" erworben. Sie könne daher nicht arglistig gehandelt haben.

b) Die Beschwerdegegnerin bestreitet, bösgläubig gehandelt zu haben. Sie macht geltend, das Grundstück sei im Zeitpunkt der Erstellung des neuen Gebäudes anstelle des

⁸ BVR 2006 S. 444 E. 6.1.

alten Waschhauses im Eigentum ihrer Eltern gewesen. Die Beschwerdegegnerin, welche zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bei ihren Eltern gelebt habe, habe weder vom Inhalt der Baubewilligung Kenntnis gehabt, noch sei sie in irgendeiner Form in die Bauarbeiten involviert gewesen. Sie sei im Jahr 2000 nach der Trennung vom Ehemann mit ihren beiden Söhnen in die bereits bestehende Wohnung eingezogen und habe sich korrekt angemeldet. Rund sieben Jahre später, nach dem Tod des Vaters, sei die Beschwerdegegnerin erstmals an der Liegenschaft beteiligt worden. Im Januar 2011 habe sie die Liegenschaft auf Rechnung künftiger Erbschaft sowie unter Auszahlung der Schwestern übernommen. Den Gemeindevertretern sei absolut bewusst und bekannt gewesen, dass die Beschwerdegegnerin mit ihren beiden Kindern ab dem Jahr 2000 im als Garage/Abstellraum bewilligten Gebäude gelebt habe. Aufgrund der Platzverhältnisse wäre es nicht möglich gewesen, dass die Beschwerdegegnerin mit ihren beiden Kindern in der kleinen Wohnung im Bauernhaus, in dem zu dieser Zeit die Eltern sowie die Grossmutter gelebt hätten, einziehe. Der Beschwerdegegnerin sei immer wieder, bereits bei der Begehung am 9. Dezember 2014 und in Anwesenheit des AGR, der Verzicht auf die Wiederherstellung in Aussicht gestellt worden.

c) Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt, z.B. aufgrund einer mangelhaften Bewilligung oder Auskunft. Die Auskunft muss aber von der zuständigen Amtsstelle ausgegangen sein oder der Bürger muss sie zumindest als zuständig betrachtet haben dürfen. Auf guten Glauben kann sich nicht berufen, wer fahrlässig handelt, indem er es zum Beispiel unterlässt, sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen, ob eine nicht eindeutig bewilligte Nutzung zulässig ist. Die blosser Untätigkeit einer Behörde berechtigt nicht zur Annahme, das Bauen oder Nutzen sei rechtmässig. Eine solche Untätigkeit begründet nur dann einen Vertrauenstatbestand, wenn die Behörden eine Rechtswidrigkeit über Jahre hinweg duldeten, obschon ihnen die Rechtswidrigkeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt und die Rechtswidrigkeit für die Bauherrschaft bei gebotener Sorgfalt nicht erkennbar war. Dabei muss sich die Bauherrschaft das Wissen(müssen) ihres Architekten und dasjenige des Rechtsvorgängers anrechnen lassen. Käufer können keine bessere Rechtsposition erwerben als die Verkäuferschaft innehatte; insbesondere

können sie aus dem (rechtswidrigen) Verhalten der Verkäufer nichts für sich ableiten und sich nicht auf einen gutgläubigen Erwerb berufen.⁹

d) Gemäss Aktennotiz der Ortsbegehung vom 9. Dezember 2014 und dem Protokoll der Ortsbegehung mit baupolizeilicher Bestandesaufnahme vom 20. Februar 2015 wurde vor Ort festgestellt, dass die Umnutzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht bewilligungsfähig sei. Ein allfälliger Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes aus Verhältnismässigkeitsgründen setzte voraus, dass die Einhaltung der übrigen im öffentlichen Interesse liegenden Belange wie Brandschutz, Entwässerung, Energienachweis trotzdem zu prüfen sein würden. Werde auf die Anordnung der Wiederherstellung verzichtet, bestehe für die nicht bewilligten Umbauten und Umnutzungen keine Besitzstandsgarantie. Vorweg und als Alternative zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs könne die Bauherrschaft die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Rückbau) in Betracht ziehen. Am Schluss des Protokolls der Ortsbegehung mit baupolizeilicher Bestandesaufnahme vom 20. Februar 2015 wird zudem festgehalten, die Gemeinde werde voraussichtlich auf die Wiederherstellung verzichten. Nachdem die Gemeinde mit Schreiben vom 23. Juni 2016 den Bauabschlag in Aussicht gestellt und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erwogen hatte, zog sie mit Schreiben vom 3. November 2016 den Verzicht auf die Wiederherstellung in Erwägung. Sie begründete dies insbesondere mit den "umfassenden Schilderungen" gemäss Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 23. September 2016.

Diese Äusserungen der Gemeinde erfolgten nicht vorbehaltlos, vielmehr ist von einem allfälligen/voraussichtlichen Verzicht die Rede bzw. die Gemeinde hat einzig erwogen, auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu verzichten. Daraus ergibt sich keine Zusicherung, auf die sich die Beschwerdegegnerin berufen könnte. Die massgebenden Investitionen, insbesondere der Ausbau und die Übernahme der Liegenschaft bei der Erbteilung, hatte die Beschwerdegegnerin bzw. ihr Rechtsvorgänger vorher, und damit nicht im Vertrauen auf einen allfälligen Verzicht der Gemeinde auf die Wiederherstellung, getätigt.¹⁰ Zudem musste der anwaltlich vertretenen

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. a mit Hinweisen

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. a mit Hinweisen

Beschwerdegegnerin klar sein, dass ein solcher Verzicht der Gemeinde durch eine Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden könnte.

e) Vorliegend ist unklar, wann das Gebäude zu Wohnzwecken umgenutzt wurde. Gemäss der Darstellung der Beschwerdegegnerin zog sie im Jahr 2000 in die Liegenschaft. In Frutigen angemeldet hat sie sich gemäss dem von ihr beigelegten Niederlassungsausweis erst am 12. März 2001.¹¹ Im Jahr 2014 wurde die Gemeinde auf den illegalen Zustand aufmerksam, da auf der streitbetroffenen Parzelle diverse Bauarbeiten ausgeführt wurden, welche baubewilligungspflichtig sind.¹² Es ist daher davon auszugehen, dass die Gemeinde erst nach rund 13 Jahren gegen die widerrechtliche Nutzung durch die Beschwerdegegnerin vorging. Allein die Tatsache, dass eine Gemeinde über mehrere Jahre untätig bleibt, genügt nicht. Die Behörde muss den baurechtswidrigen Zustand geduldet haben, obschon ihr die Gesetzeswidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte kennen müssen.¹³ Die von der Beschwerdegegnerin angeführten Umstände lassen nicht den Schluss zu, dass der Gemeinde die Rechtswidrigkeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen: Der von ihr beigebrachte Niederlassungsausweis vom 31. Mai 2005 zeigt, dass sie sich am 12. März 2001 am D._____weg Nr. G._____ angemeldet hat.¹⁴ Gemäss Grundbuch handelt es sich beim hier strittigen Gebäude um das Gebäude Nr. F._____ und das Haupthaus trägt die Nummer G._____. Es mag sein, dass das als Garage/Abstellraum bewilligte Gebäude ebenfalls mit der Hausnummer G._____ angeschrieben ist, wie dies die Beschwerdegegnerin im Verfahren vor der Gemeinde vorbrachte und diese Differenzierung der Hausnummern im Grundbuch erst vor einigen Jahren aufgrund einer Neubewertung der Gebäude veranlasst wurde.¹⁵ Aufgrund der Anmeldung am D._____weg Nr. G._____ kann den Behörden aber jedenfalls nicht vorgeworfen werden, sie hätten die Rechtswidrigkeit der Wohnsituation erkennen müssen. Nicht Bescheid wissen konnten sie zudem über die Platzverhältnisse im Haupthaus, da diese nicht von aussen ersichtlich sind. Der von der Beschwerdegegnerin beigebrachte Zeitungsartikel belegt ebenfalls nicht, dass die Behörden über die Rechtswidrigkeit Bescheid wussten, zeigt das Foto doch nach Angaben der Beschwerdegegnerin einzig den Regierungsstatthalter und Gemeindepräsident zusammen mit der Grossmutter vor und nicht im ehemaligen

¹¹ Vorakten der Gemeinde, pag. 52

¹² Vorakten der Gemeinde, pag. 73 f.

¹³ BGE 136 II 359 E. 7.1

¹⁴ Vorakten der Gemeinde, pag. 52

¹⁵ Vorakten der Gemeinde, pag. 35 f. und 40

Waschhaus.¹⁶ Gemäss Schreiben der Gemeinde vom 23. Juni 2016 wurden auch die Kehricht- und Abwassergebühren nur nach dem amtlichen Wert der Garage mit Aufenthaltsraum und Werkstatt berechnet. Erst im 2013 sei die Schätzung des Wohnhauses erfolgt. Die Anschlussgebühr sowie die wiederkehrende Kehricht- und Abwassergebühr für das Wohnhaus am D._____weg Nr. F._____ sei erst am 22. Februar 2016 in Rechnung gestellt, bisher jedoch nicht bezahlt worden.¹⁷ Im Schreiben vom 8. Juni 2017 erklärte sich die Beschwerdegegnerin bereit, die Einmalgebühr für den Anschluss von Fr. 3'353.40 und die ausstehenden Nutzungsgebühren von Fr. 1'237.75 zur Bezahlung zu übernehmen, wenn auf die Wiederherstellung verzichtet werde.¹⁸ Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin bisher weder die Anschlussgebühr noch die wiederkehrende Kehricht- und Abwassergebühr für die Wohnnutzung bezahlt hat. Zusammenfassend lassen die Umstände nicht den Schluss zu, dass die Gemeinde Kenntnis von der Wohnsituation am D._____weg Nr. F._____ hatte oder haben musste.

Nicht erfüllt sind zudem die weiteren Voraussetzungen zur Bejahung eines Vertrauenstatbestandes: Nach ständiger Gerichtspraxis besteht – insbesondere in der Landwirtschaftszone – ein erhebliches öffentliches Interesse an der Wahrung der Zonenkonformität.¹⁹ Die Verletzung der öffentlichen Interessen wiegt daher schwer. Zudem hätte die Beschwerdegegnerin die Rechtswidrigkeit bei gebotener Sorgfalt erkennen können: Gemäss Projektplan der Baubewilligung aus dem Jahr 1994 wurde keine Wohnnutzung, sondern Abstellraum, Garage und Einstellraum bewilligt. Ein Blick in diese Unterlagen wäre angesichts der Lage des Gebäudes in der Landwirtschaftszone geboten und auch zumutbar gewesen. Die Beschwerdegegnerin hätte dann rasch erkannt, dass die Wohnnutzung nie bewilligt worden war. Zusammenfassend ist nicht erwiesen, dass die Gemeinde die Rechtswidrigkeit über Jahre hinweg duldete, obschon ihr die Rechtswidrigkeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Zudem wiegt die Verletzung öffentlicher Interessen schwer und die Rechtswidrigkeit wäre für die Beschwerdegegnerin bei gebotener Sorgfalt erkennbar gewesen. Die Beschwerdegegnerin kann sich daher weder auf den Vertrauensschutz noch auf einen gutgläubigen Erwerb

¹⁶ Vorakten der Gemeinde, Rückseite von pag. 52

¹⁷ Vorakten der Gemeinde, pag. 46

¹⁸ Vorakten der Gemeinde, pag. 7

¹⁹ BGE 136 II 359 E. 6; BGer 1C_283/2017 vom 23.8.2017, E. 4; BGer 1C_135/2016 vom 1.9.2016, E. 3.3

berufen und muss sich das Wissen ihrer Eltern bzw. ihres Vaters als Rechtsvorgänger anrechnen lassen.

4. Wiederherstellung, Verhältnismässigkeit

a) Die Gemeinde bringt in ihrer Stellungnahme vor, die wirtschaftlichen Folgen für die Beschwerdegegnerin bei einer sofortigen Wiederherstellung wären unverhältnismässig. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebiete, dass durch Amtshandlungen unbescholtene Bürger nicht in den wirtschaftlichen Ruin getrieben würden. Die Beschwerdegegnerin führt aus, im Januar 2011 habe sie die Liegenschaft auf Rechnung künftiger Erbschaft sowie unter Auszahlung der Schwestern übernommen. Dabei habe sie eine Hypothek aufgenommen. Die Wiederherstellung wäre daher existenzbedrohend. Gemäss Fachbericht beurteilt das AGR die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im vorliegenden Fall als verhältnismässig. Es begründet dies mit den rechtlichen Vorgaben und dem Prinzip der rechtsgleichen Behandlung.

b) Auch eine Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen. 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.²⁰

c) Nach ständiger Gerichtspraxis besteht – insbesondere in der Landwirtschaftszone – ein erhebliches öffentliches Interesse an der Wahrung der Zonenkonformität.²¹ Die Beschwerdegegnerin hat im vorliegenden Verfahren eine Adresse in Kandersteg angegeben. Sie macht nicht geltend, dass sie heute noch im als Garage/Abstellraum bewilligten Gebäude in Frutigen lebt. Sie bringt auch nicht vor, die Wiederherstellung sei für die jetzige Mieterschaft unzumutbar. Daher stehen den gewichtigen öffentlichen Interessen einzig die Vermögensinteressen der Beschwerdegegnerin gegenüber. Nach der

²⁰ BVR 2006 S. 444 E. 6.1

²¹ BGE 136 II 359 E. 6; BGer 1C_283/2017 vom 23.8.2017, E. 4; BGer 1C_135/2016 vom 1.9.2016, E. 3.3

Rechtsprechung haben wirtschaftliche Interessen alleine bei einer bösgläubigen Bauherrschaft kaum je ausschlaggebendes Gewicht. Dies selbst dann, wenn die nutzlosen aber bösgläubig getätigten Investitionskosten und Abbruchkosten zusammen sehr hoch sind.²² Die Beschwerdegegnerin hat über Jahre einen Vorteil aus der widerrechtlichen Nutzung gezogen, indem sie selbst im als Garage/Abstellraum bewilligten Gebäude gewohnt hat bzw. es heute vermietet. Der finanzielle Schaden für die Beschwerdegegnerin wird durch diese Amortisation relativiert.²³ Aus diesen Gründen überwiegt vorliegend das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands die Nachteile, die der Beschwerdegegnerin durch die Wiederherstellung entstehen. Die Beschwerde wird daher gutgeheissen. Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung (Verzicht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes) wird aufgehoben.

5. Ergebnis und Beweismittel

a) Die Verfügung der Gemeinde Frutigen vom 1. November 2017 wird insoweit aufgehoben, als auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verzichtet wird.

b) Nach Art. 72 Abs. 1 VRPG²⁴ entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache oder weist die Akten ausnahmsweise mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück. Erweist sich die Beschwerde als begründet, soll die Beschwerdeinstanz das streitige Rechtsverhältnis wenn möglich nach ihrer eigenen Erkenntnis abweichend von der angefochtenen Verfügung neu regeln. Das Gesetz verbietet ihr jedoch nicht, kassatorisch zu entscheiden. Die Beschwerdeinstanz soll von der Möglichkeit der Rückweisung nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, die die prozessökonomischen Gesichtspunkte in den Hintergrund treten lassen. Mangelnde Entscheidungsfähigkeit der Angelegenheit kann einen solchen Grund darstellen, sofern die Beschwerdebehörde selber allzu umfangreiche Beweismassnahmen durchführen müsste.²⁵

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9c Bst. c mit Hinweisen

²³ Vgl. BGer 1C_342/2014 vom 23.3.2015, E. 5.4; BGer 1C_718/2013 vom 20.3.2014, E. 5.5; BGer 1C_3/2010 vom 1.7.2010, E. 4.3

²⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

²⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 2 f.

c) Im vorliegenden Fall muss vor Ort abgeklärt werden, welche Wiederherstellungsmassnahmen im Einzelnen getroffen werden müssen. Zudem kommt der erstinstanzlichen Behörde bei der Frage wie und innert welchem Zeitraum der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, ein beträchtlicher Entscheidungsspielraum zu. Es erscheint daher sachgerecht, die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Fortsetzung des Wiederherstellungsverfahrens zurückzuweisen (Art. 72 Abs. 1 VRPG). In Bezug auf die angebaute Doppelgarage wird die Gemeinde zudem ein separates baupolizeiliches Verfahren eröffnen müssen (vgl. Erwägung 1c).

d) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten genügend überprüft bzw. festgestellt werden, zumal das Verfahren an die Gemeinde zurückgewiesen wird. Auf das von der Beschwerdegegnerin beantragte Parteiverhör konnte daher verzichtet werden.

6. Kosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²⁶).

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Ziffer 2 der Verfügung der Gemeinde Frutigen vom 1. November 2017, d.h. der Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, wird aufgehoben. Die Sache wird zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde zurückgewiesen.

²⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A._____ eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Frutigen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin