

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/41

Bern, 12. April 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Erbengemeinschaft , bestehend aus:

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C. _____



und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Wiler bei Utzenstorf, Bauverwaltung,
Hauptstrasse 30, 3428 Wiler b. Utzenstorf

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Wiler bei Utzenstorf vom
21. Juni 2018 (Terrainaufschüttung)

I. Sachverhalt

1. Den Beschwerdeführerinnen wurde mit Beschwerdeentscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) RA Nr. 110/2012/184 vom 12. September 2013 die Baubewilligung für den Abbruch eines Bauernhauses und zweier Ökonomiegebäude, das Versetzen eines Speichers, das Verlegen des Dorfbachs und den Neubau von zwei Fünffamilienhäusern mit Autoeinstellhalle auf den Parzellen Wiler bei Utzenstorf Grundbuchblätter Nr. D. _____, E. _____, F. _____ und G. _____ erteilt. Diese Parzellen liegen in der Wohn- und Gewerbezone (WG) und im Gewässerschutzbereich A_u.

Nach Vollendung des bewilligten Projekts wandte sich die Gemeinde Wiler bei Utzenstorf mit Schreiben vom 7. Juli 2016 an die Beschwerdeführerinnen wegen einer Terrainaufschüttung ausserhalb des Baugebiets auf der Parzelle Wiler bei Utzenstorf Grundbuchblatt Nr. H._____. Darin wurden die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, vollständige Baugesuchsakten inklusive eines Bodenschutzkonzepts für die Terrainaufschüttung einzureichen. Daraufhin liessen die Beschwerdeführerinnen von der Geotest AG eine bodenkundliche Beurteilung der Terrainaufschüttung erstellen. Der Bericht der Geotest AG vom 21. November 2016 wurde der Gemeinde am 23. November 2016 zugestellt. Zudem reichten die Beschwerdeführerinnen am 27. Januar 2017 auf Aufforderung der Gemeinde vom 6. Januar 2017 ein nachträgliches Baugesuch ein für das Anheben und Ausgleichen des ursprünglichen Terrains im südlichen Teil der Parzelle Nr. H._____ von 50 bis 70 cm. Die Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone und im Gewässerschutzbereich A_u. Im Rahmen der Prüfung der Gewässerschutzbewilligung teilte das Amt für Wasser und Abfall (AWA) der Gemeinde mit Schreiben vom 15. März 2017 mit, die Bewilligung müsse verweigert werden. Der Bauherrschaft sei jedoch vor dem Erlass des Entscheids des AWA noch die Möglichkeit zu gewähren, das nachträgliche Baugesuch zurückzuziehen und dem AWA ein Projekt zum Rückbau der bereits durchgeführten Terrainveränderung einzureichen. Nachdem die Gemeinde den Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 11. April 2017 zur Einschätzung des AWA das rechtliche Gehör gewährt hatte, zogen die Beschwerdeführerinnen ihr Baugesuch mit Schreiben vom 6. Juli 2017 zurück. Mit Abschreibungs- und Wiederherstellungsverfügung vom 21. Juni 2018 schrieb die Gemeinde das Verfahren betreffend Baugesuch vom 24. Januar 2017 (eingereicht am 27. Januar 2017) vom Geschäftsverzeichnis ab. Gleichzeitig ordnete sie unter Androhung der Ersatzvornahme an, die nicht bewilligte Terrainveränderung auf der Parzelle Nr. H._____ sei bis Ende September 2019 unter Einhaltung diverser Auflagen vollständig rückgängig zu machen.

2. Gegen die Wiederherstellungsverfügung reichten die Beschwerdeführerinnen am 16. Juli 2018 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen die Aufhebung dieser Verfügung vom 21. Juni 2018. Eventuell beantragen sie, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und den Beschwerdeführerinnen sei die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs einzuräumen. Die Abschreibungsverfügung haben die Beschwerdeführerinnen nicht angefochten.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Neben der Gemeinde Wiler bei Utzenstorf gab das Rechtsamt auch dem AWA und dem Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) Gelegenheit, zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Das AWA und das AGR stellen in ihren Stellungnahmen vom 9. August und 6. November 2018 keinen Antrag. Die Gemeinde beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 27. August 2018 die Abweisung der Beschwerde. In der Folge reichten die Beschwerdeführerinnen eine Kurzstellungnahme vom 16. November 2018 zur Stellungnahme des AGR ein.

4. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Angefochten ist eine Verfügung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Art. 46 BauG²). Wiederherstellungsverfügungen können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Zur Beschwerde gegen die Wiederherstellungsverfügung ist befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung hat (Art. 65 Abs. 1 VRPG³). Als Adressatinnen der Wiederherstellungsverfügung sind die Beschwerdeführerinnen durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde wird eingetreten.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

2. Baubewilligungspflicht

a) Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die Baubewilligungspflicht der vorgenommenen Terrainaufschüttung. Nach der Ende 2015 gültigen baugesetzlichen Regelung von Art. 6 Ziff. 1 Bst. i BewD⁴ sei eine Terrainveränderung bis 1.2 m Höhe nicht bewilligungspflichtig gewesen. Nirgends auf der Parzelle Nr. H._____ sei in diesem Ausmass aufgeschüttet worden. Einziges Kriterium zur Bewilligungspflicht könne die eingebrachte Menge sein. Es sei jedoch nicht nachgewiesen, dass mehr als 100 m³ eingebracht worden seien.

b) Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 RPG⁵). Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen; baubewilligungspflichtig sind auch wesentliche Terrainveränderungen (Art. 1a Abs. 1 und 2 BauG). Keiner Baubewilligung bedürfen insbesondere der Unterhalt von Bauten und Anlagen, für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben. Im Übrigen bestimmt das Baubewilligungsdekret die baubewilligungsfreien Bauvorhaben (Art. 1b Abs. 1 BauG). Keiner Baubewilligung bedürfen unter Vorbehalt von Artikel 7 bis zu 1.20 Meter hohe Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen zur Umgebungsgestaltung bis zu 100 Kubikmeter Inhalt (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Liegt ein Bauvorhaben nach Artikel 6 ausserhalb der Bauzone und ist es geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem es zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändert, die Erschliessung belastet oder die Umwelt beeinträchtigt, ist es baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 1 BewD).

c) Gemäss Bericht der Geotest AG vom 21. November 2016⁶ wurde im Rahmen der Umsetzung des Bauvorhabens auf den Parzellen Nr. D._____, E._____, F._____ und G._____ im südlichen Bereich der Parzelle Nr. H._____ das _____

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁵ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

⁶ Beilage in den Baugesuchsakten bbw 01-17 zum Baugesuch vom 27. Januar 2017

abgetragenen Bodenmaterial in zwei Depots zwischengelagert. Zudem wurde für die Zufahrt der Flurweg verlegt. Anschliessend wurde auf der Parzelle Nr. H._____ auf einer Fläche von ca. 4'700 m² und auf der Parzelle Nr. I._____ auf einer Fläche von ca. 600 m² das Terrain mit einer Aufschüttung von rund 0.5 bis 1.2 m ausgeglichen und angehoben (S. 3). Für die Aufschüttung wurde Aushubmaterial (Ober- und Unterboden) verwendet, welches bei der Realisierung des Bauvorhabens auf den Parzellen Nr. D._____, E._____, F._____ und G._____ angefallen ist. Nach Angaben des verantwortlichen Transportunternehmens wurden für die Aufschüttung zudem ca. 500 m³ Oberboden von einer Baustelle auf den Parzellen Wiler bei Utzenstorf Grundbuchblätter Nr. J._____ bis K._____ und ca. 50 m³ Bodenmaterial aus Rückständen der Karottenreinigung von der L._____ Genossenschaft in Utzenstorf zugeführt (S. 9 und 12). In den Aufschüttungen wurden vereinzelt Ziegelbruch- und Betonbruchstücke angetroffen (S. 11). Ein Teil der später aufgeschütteten Fläche wurde zunächst abhumusiert. Dabei wurde der Ober- und Unterboden vermischt. Auf den restlichen Flächen erfolgte die Überschüttung direkt auf den bestehenden Oberboden respektive Flurweg (S. 12). Der Boden ist stellenweise stark verdichtet (S. 10 und 11).

Aufgrund der Zahlen im Bericht der Geotest AG ist ersichtlich, dass die Aufschüttung auf der Parzelle Nr. H._____ eine Fläche von rund 4'700 m² mit einem Volumen zwischen 2'350 m³ (bei einer Aufschüttung von 0.5 m) und 5'640 m³ (bei einer Aufschüttung von 1.2 m), also jedenfalls über 2'000 m³ umfasst. Zwar bestreiten die Beschwerdeführerinnen, dass eine 100 m³ übersteigende Mehrmenge nachgewiesen sei. Dies aber lediglich pauschal und ohne sich mit den Aussagen im Bericht der Geotest AG auseinanderzusetzen. So vermögen sie beispielsweise nicht darzulegen, weshalb die Angaben des verantwortlichen Transportunternehmens hinsichtlich des von ausserhalb der Baustelle auf den Parzellen Nr. D._____, E._____, F._____ und G._____ zugeführte Materials nicht verlässlich sein sollten. Tatsächlich besteht kein Anlass, daran zu zweifeln. Alleine dieses Material beläuft sich auf eine Menge von ca. 550 m³.

Somit ist davon auszugehen, dass für die Aufschüttung mit Sicherheit über 2'000 m³ Material verwendet wurde. Damit ist die in Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD vorgegebene und von den Beschwerdeführerinnen selber genannte Grenze für die Baubewilligungspflicht von 100 m³ massiv überschritten. Davon abweichend ist zwar gemäss den aktuellen "Richtlinien Terrainveränderungen zur Bodenaufwertung ausserhalb Bauzonen" vom 1. April 2017 das Aufbringen von Oberboden bis zu einer Obergrenze von 200 m³ unter

gewissen Voraussetzungen bewilligungsfrei.⁷ Auch diese Grenze ist jedoch massiv überschritten. Im Übrigen ergibt sich aus dem Bericht der Geotest AG, dass für die Aufschüttung nicht nur Ober-, sondern auch Unterboden verwendet wurde. Die Verwendung von Unterboden für Terrainaufschüttungen ist aus Gründen des Grundwasserschutzes in jedem Fall baubewilligungspflichtig.⁸

d) Abschliessend lässt sich somit festhalten, dass die umstrittene Terrainaufschüttung sowohl aufgrund ihrer Grösse als auch aufgrund des verwendeten Materials baubewilligungspflichtig ist. Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, sie hätten die Terrainaufschüttung von Oktober 2014 bis November 2015 vorgenommen und es sei auf die damals geltenden gesetzlichen Grundlagen abzustellen, ändert dies nichts an der Baubewilligungspflicht. Die Bestimmungen zur Baubewilligungspflicht haben sich in dieser Zeit nicht geändert. Neu sind lediglich die aktuellen "Richtlinien Terrainveränderungen zur Bodenaufwertung ausserhalb Bauzonen" vom 1. April 2017. Allerdings waren die alten Richtlinien vom 1. Januar 2015 mit gleichem Titel grundsätzlich identisch und hinsichtlich der Baubewilligungspflicht sogar noch strenger: Gemäss den Richtlinien vom 1. Januar 2015 lag die Obergrenze für die Baubewilligungsfreiheit bei nur 100 m³. Vor dem 1. Januar 2015 hielten die "Richtlinien für Terrainveränderungen in der Landwirtschaftszone mit Materialzufuhr" vom Januar 2014 fest, dass Terrainveränderungen in den meisten Fällen eine Baubewilligung bräuchten. Keine Bewilligung brauche das Auftragen von unverschmutztem Oberboden in einer Mächtigkeit bis etwa 30 cm bei Vorhaben ausserhalb von Grundwasserschutzzonen. Da vorliegend eine Mächtigkeit von rund 0.5 bis 1.2 m zur Diskussion steht und nicht nur unverschmutzter Oberboden verwendet wurde, ändert auch die Anwendung des Merkblatts vom Januar 2014 nichts an der Baubewilligungspflicht.

Soweit die Beschwerdeführerinnen auf den Zeitpunkt der Einreichung ihres Baugesuchs im März 2012 abstellen wollen, ist dieser Zeitpunkt für die Frage der Baubewilligungspflicht der umstrittenen Terrainveränderung ebenso wenig relevant wie der Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung. Die umstrittene Terrainveränderung war weder Gegenstand des Baugesuchs noch der Baubewilligung. Im Übrigen wäre diese Terrainveränderung auch damals baubewilligungspflichtig gewesen.

⁷ <https://www.bve.be.ch> > Amt für Wasser und Abfall > Formulare/Merkblätter > Boden/Terrainveränderungen

⁸ Vgl. Ziff. 3 der Stellungnahme des AWA vom 9. August 2018

3. Nachträgliches Baugesuch

a) Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, in der angefochtenen Verfügung fehle der Hinweis auf die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs. Alleine eine auf falschen Annahmen basierende ablehnende Stellungnahme des AWA vom 15. März 2017 könne nicht dazu führen, dass ihnen im Rahmen des nun erst angehobenen Verfahrens zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands die Möglichkeit zur Einreichung eines Baugesuchs genommen werde. Sollte die BVE von einer Baubewilligungspflicht der Erdbewegungen auf Parzelle Nr. H._____ ausgehen, so sei den Beschwerdeführerinnen daher die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs einzuräumen.

b) Die Baupolizeibehörde setzt dem jeweiligen Grundeigentümer eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme. Die Wiederherstellungsverfügung wird aufgeschoben, wenn der Pflichtige innert 30 Tagen seit ihrer Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreicht. Die Behörde kann die Frist aus wichtigen Gründen verlängern. Ein nachträgliches Baugesuch ist ausgeschlossen, wenn bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG). Nicht rechtskräftig entschieden sind Teile eines Baugesuchs, die im Verlaufe des Baubewilligungsverfahrens zurückgezogen und nicht abschliessend beurteilt worden sind. Das gilt auch dann, wenn eine entsprechende Voranfrage negativ beantwortet worden ist, denn eine solche Auskunft ist nicht einer rechtskräftigen Beurteilung gleichzustellen.⁹ Eine Wiederherstellungsverfügung hat somit in der Regel den Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zu enthalten. Von dieser Regel darf nur abgewichen werden, wenn bereits rechtskräftig über das Bauvorhaben entschieden worden ist oder wenn das Bauvorhaben offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist bzw. wenn die materielle Rechtswidrigkeit einer Baute aufgrund klarer tatsächlicher Verhältnisse eindeutig feststeht; in beiden Fällen steht der Ausgang des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens von vornherein fest, weshalb dessen Durchlaufen prozessökonomisch nicht zu rechtfertigen ist.¹⁰ Sofern ein solches nicht von vornherein ausgeschlossen ist und eine Baubewilligung nicht offensichtlich ausser Frage steht, ist der Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zwingend. Wurde er unterlassen, muss noch in einem

⁹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 15

¹⁰ BVR 2007 S. 164 E. 4.1

allfälligen Rechtsmittelverfahren die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Gesuchs eingeräumt werden.¹¹

c) Im vorliegenden Fall hat die Gemeinde Wiler bei Utzenstorf in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, auf die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs werde verzichtet, da bereits eine negative Beurteilung stattgefunden habe. Damit hat die Gemeinde nicht bloss keinen Hinweis auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs gemacht, sondern die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs ausgeschlossen. Im Beschwerdeverfahren macht sie in ihrer Beschwerdeantwort geltend, auf die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs sei verzichtet worden, da in dieser Sache bereits ein Baugesuch eingereicht und aufgrund der negativen Beurteilung durch das AWA wieder zurückgezogen worden sei. Deshalb könne auf ein neu eingereichtes, gleiches Baugesuch voraussichtlich nicht eingetreten werden oder es drohe von vornherein der Bauabschlag.

d) Das nachträgliche Baugesuch vom 27. Januar 2017 hat die Beschwerdeführerin am 6. Juli 2017 zurückgezogen. Ein rechtskräftiger Bauentscheid in dieser Sache liegt somit nicht vor. Da für die Terrainaufschüttung unter anderem auch Unterboden verwendet wurde (siehe oben Erwägung 2.c), ist neben der Baubewilligung auch eine Gewässerschutzbewilligung erforderlich (Art. 26 Abs. 2 Bst. e KGV¹²). Darüber hat das AWA mit Schreiben vom 15. März 2017 befunden und die Gewässerschutzbewilligung verweigert. Dies weil aus Sicht des AWA die Terrainveränderung die bodenschutzrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Da dieser Befund des AWA nicht mit einer anfechtbaren Verfügung zuhanden der Beschwerdeführerinnen, sondern mittels Schreiben zuhanden der Gemeinde Wiler bei Utzenstorf erfolgte, wurde bisher auch über die Gewässerschutzbewilligung nicht rechtskräftig entschieden. Somit ist ein nachträgliches Baugesuch nicht ausgeschlossen, weil bereits rechtskräftig über das Gesuch entschieden worden wäre, und auf ein erneutes nachträgliches Baugesuch müsste insofern eingetreten werden.

e) Speziell ist im vorliegenden Fall, dass die Beschwerdeführerinnen bereits ein nachträgliches Baugesuch eingereicht, jedoch später wieder zurückgezogen haben. Zu prüfen ist daher zusätzlich, ob die Beschwerdeführerinnen mit diesem Rückzug ihr Recht

¹¹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 13

¹² Kantonale Gewässerschutzverordnung vom 24. März 1999 (KGV; BSG 821.1)

auf ein nachträgliches Baugesuch verwirkt haben. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Rückzug des nachträglichen Baugesuchs vor Erlass der Wiederherstellungsverfügung erfolgte. Das Baugesetz sieht ausdrücklich vor, dass zusammen mit der Wiederherstellungsverfügung Gelegenheit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zu geben ist. Dies ist insofern sachgerecht, weil für die Betroffenen erst in Kenntnis der angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen vollständig erkennbar ist, welche Konsequenzen sich aus einem Verzicht auf eine nachträgliche Bewilligung ergeben. Auch der Gesuchsrückzug steht somit einem neuerlichen nachträglichen Baugesuch nicht entgegen.

f) Allerdings besteht hier aufgrund des Umstands, dass bereits ein nachträgliches Baugesuch eingereicht und später wieder zurückgezogen wurde, die Besonderheit, dass die Frage der Bewilligungsfähigkeit durch das AWA als der für die Gewässerschutzbewilligung zuständigen Behörde schon einlässlich geprüft wurde. Dies ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob ein nachträgliches Baugesuch nicht in Frage kommt, weil das Bauvorhaben offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist und eine Baubewilligung deshalb offensichtlich ausser Frage steht.

Das AWA hat in seinem Schreiben vom 15. März 2017 ausgeführt, teilweise seien tiefgründige Braunerden direkt überschüttet worden. Weiter weise die Aufschüttung keine natürliche Schichtabfolge auf, die Aufschüttung sei teilweise direkt auf dem gewachsenen Oberboden erfolgt, im Ober- und Unterboden seien Verdichtungen vorhanden und Bodenmaterial sei mit Aushubmaterial vermischt worden. Vereinzelt seien in der Aufschüttung Ziegelabbruch- und Betonbruchstücke sowie Rückstände einer Bodenplatte gefunden worden. Ziel der Terrainveränderung sei eine Ausebnung des Terrains gewesen. Damit widerspreche die Aufschüttung den geltenden Richtlinien "Terrainveränderung zur Bodenaufwertung" und sei deshalb nicht bewilligungsfähig.

g) Massgebend für die Bewilligungsfähigkeit eines nachträglichen Baugesuchs ist das Recht, das im Zeitpunkt der Ausführung des Bauvorhabens anwendbar war. Späteres Recht ist anzuwenden, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist oder wenn die Bauherrschaft das Bewilligungserfordernis in der Absicht missachtet hat, dem späteren strengerem Recht zuvorzukommen.¹³ Die Terrainaufschüttung wurde gemäss den

¹³ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 14a

Beschwerdeführerinnen von Oktober 2014 bis November 2015 vorgenommen. Die relevanten gesetzlichen Bestimmungen zur Zonenkonformität von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone, insbesondere Art. 16a Abs. 1 RPG und Art. 34 Abs. 1 und 4 RPV¹⁴, haben seit der Ausführung der Terrainaufschüttung keine Rechtsänderung erfahren.

Vom geltenden Recht zu unterscheiden sind Richtlinien. Diese stellen ebenso wie Merkblätter sog. Verwaltungsverordnungen dar. Dabei handelt es sich um allgemeine Weisungen generell-abstrakter Natur der vorgesetzten Behörde an die ihr unterstellten Behörden bzw. wie hier um Bestimmungen generell-abstrakten Inhalts, mit denen Behörden ihre Praxis für sich selbst oder für Dritte kodifizieren und kommunizieren. Die Hauptfunktion von Verwaltungsverordnungen besteht darin, im Sinn einer behördlichen Meinungsäusserung über die Auslegung der anwendbaren Bestimmungen eine einheitliche, gleichmässige und sachgerechte Bewilligungspraxis sicherzustellen. Von den Verwaltungsjustizbehörden werden Verwaltungsverordnungen berücksichtigt, soweit sie die Ansicht von Sachverständigen oder mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten Personen über die Gesetzesauslegung wiedergeben und dazu dienen sollen, die einschlägigen Bestimmungen rechtsgleich und anhand sachgemässer Kriterien anzuwenden. Richtlinien sind für die BVE somit grundsätzlich nicht verbindlich. Sie berücksichtigt sie aber bei ihrer Entscheidung, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen, und weicht nicht ohne triftigen Grund von ihnen ab, wenn sie eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen.¹⁵

h) Die "Richtlinien Terrainveränderung zur Bodenaufwertung ausserhalb der Bauzonen" wurden am 1. Januar 2015 in Kraft gesetzt. Sie lösten die beiden Richtlinien "Richtlinien für Terrainveränderungen in der Landwirtschaftszone mit Materialzufuhr" vom Januar 2014 und die "Richtlinien zum Schutz des Bodens für Terrainveränderungen" vom Januar 2010 ab. Die Richtlinien vom 1. Januar 2015, die während 11 von 14 Monaten in Kraft waren, während denen die Terrainaufschüttung vorgenommen wurde, wurden gemeinsam vom AGR, dem Amt für Landwirtschaft und Natur (LANAT) und dem AWA erlassen. Sie regeln die kantonale Bewilligungspraxis bei landwirtschaftlich begründeten Terrainveränderungen. Ziel der Richtlinien ist, insbesondere Klarheit über die Voraussetzungen zu schaffen, um

¹⁴ Raumplanungsverordnung des Bundesrats vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

¹⁵ Vgl. VGE 2016/255 vom 16. Mai 2017 E. 3.3

Terrainveränderungen zu bewilligen, und die Wahl geeigneter Flächen für die Verwertung von unverschmutztem Bodenmaterial zu regeln. Für Terrainveränderungen kommen primär Flächen in Frage, die bereits anthropogen beeinflusst sind. Nicht geeignet sind hingegen Terrainveränderungen auf natürlich gewachsenen, ungestörten Böden. Im Sinne eines Verbesserungsgebots müssen Terrainveränderungen im Zielzustand mindestens zu einer Verbesserung der landwirtschaftlichen Nutzungseignung im Vergleich zum Ausgangszustand führen. Im Sinne eines Verschlechterungsverbots dürfen Eingriffe nicht zu Veränderungen der Bodenstruktur oder des Bodenaufbaus führen, welche die Bodenfruchtbarkeit langfristig gefährden oder andere Umweltbereiche beeinträchtigen können. Bei Terrainveränderungen wird sauberer Ober- bzw. Unterboden verschoben. Aushub (Untergrundmaterial) darf nur unter die neue Bodenschicht eingebaut werden, wenn dies für die Verbesserung der Fläche zweckmässig ist.

Diesen Richtlinien vom 1. Januar 2015, auf die sich auch das Verwaltungsgericht in einem anderen Fall abgestützt hat,¹⁶ widerspricht die fragliche Terrainaufschüttung. Im vorliegenden Fall lag bei der betroffenen Parzelle in der Landwirtschaftszone kein bodenkundliches Problem vor. Das Ausgleichen einer Senke zur besseren landwirtschaftlichen Bewirtschaftung ist kein ausreichender Grund für eine Terrainaufschüttung. Zudem wurde bei der Ausführung der Aufschüttung die natürliche Schichtabfolge nicht eingehalten, im Ober- und Unterboden sind Verdichtungen vorhanden und es wurde teilweise verschmutztes Boden- und Aushubmaterial verwendet. Dementsprechend wurde der landwirtschaftliche Boden durch die Aufschüttung nicht aufgewertet. In Berücksichtigung dieser Richtlinien ist die umstrittene Terrainaufschüttung folglich offensichtlich nicht bewilligungsfähig. Sie ist nicht nötig im Sinne von Art. 16a RPG und Art. 34 Abs. 4 RPV und daher nicht zonenkonform. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stimmt der Begriff der Zonenkonformität bei Landwirtschaftsbetrieben im Wesentlichen mit dem Begriff der Standortgebundenheit nach Art. 24 Abs. 1 RPG überein.¹⁷ Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG fällt daher ebenfalls ausser Betracht.

i) Zu keinem anderen Ergebnis führt auch eine Anwendung der beiden Richtlinien "Richtlinien für Terrainveränderungen in der Landwirtschaftszone mit Materialzufuhr" vom Januar 2014 und die "Richtlinien zum Schutz des Bodens für Terrainveränderungen" vom

¹⁶ VGE 2016/255 vom 16. Mai 2017

¹⁷ Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. 24 N. 9; BGE125 II 278 E. 3a

Januar 2010, die während den ersten 3 von insgesamt 14 Monaten in Kraft waren, während denen die Terrainaufschüttung vorgenommen wurde. Zwar lauteten diese etwas anders. Auch aus diesen Richtlinien ergab sich jedoch, dass nur unverschmutzter Boden und/oder Aushub zugeführt und abgelagert werden durfte. Zudem durften die Bodeneigenschaften nicht verschlechtert, sondern mussten erhalten oder verbessert werden. Dementsprechend mussten die Erdarbeiten so durchgeführt werden, dass der Boden bei der Rekultivierung entsprechend der natürlichen Schichtung (Ober- und Unterboden, Untergrund/Aushub) eingebaut und dabei nicht verdichtet wurde. Allen diesen Vorgaben widerspricht die hier umstrittene Terrainaufschüttung (siehe oben Erwägung 2.c).

k) Aufgrund des Umstands, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrem später zurückgezogenen nachträglichen Baugesuch die negative Beurteilung durch das AWA veranlasst haben, müssten sie nun darlegen, weshalb ein erneutes nachträgliches Baugesuch dennoch bewilligungsfähig sein sollte. Die Beschwerdeführerinnen bringen in ihrer Beschwerde jedoch nichts vor, was die Einschätzung des AWA als falsch erscheinen lassen würde. Sie berufen sich lediglich auf eine angeblich falsche Annahme betreffend Zugehörigkeit der Parzelle Nr. H._____ zur Fruchtfolgefläche. Diese Kritik ist nicht nachvollziehbar. Die Zugehörigkeit zur Kategorie "Fruchtfolgefläche" ist in den Richtlinien Terrainveränderungen unerheblich und spielte dementsprechend auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Terrainveränderung durch das AWA keine Rolle. Dass am 1. April 2017 neue Bestimmungen zum Schutz des Kulturlands inklusive den Bestimmungen zu den Fruchtfolgeflächen in Art. 8a ff. BauG und Art. 11a ff. BauV¹⁸ in Kraft traten, welche für die Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit der hier umstrittenen Terrainveränderungen aus den Jahren 2014 und 2015 nicht einschlägig sind, ist somit unerheblich. Die Beurteilung des AWA stützte sich nicht auf diese Bestimmungen ab, zumal sie zum Zeitpunkt der Beurteilung durch das AWA im März 2017 noch gar nicht in Kraft waren.

In ihrer Kurzstellungnahme vom 16. November 2018 machen die Beschwerdeführerinnen zudem geltend, es sei keinerlei verschmutzter Boden eingebaut worden, die entdeckten Ziegelsteine etc. stammten aus vorbestehenden Einbauten. Eingebaut worden sei lediglich fruchtbares, unverschmutztes Erdmaterial aus Rückständen der Kartoffel-Reinigung vom L._____-Betrieb. Abgesehen davon, dass für diese Behauptungen keinerlei Beweise angeführt werden, belegt der Bericht der Geotest AG vom 21. November 2016 das

¹⁸ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

Gegenteil. Zwar geht auch aus diesem Bericht hervor, dass im Auslauf-Bereich bereits vor dem Bauprojekt eine Auffüllung vorhanden war. Die Aussage im Bericht, wonach vereinzelt Ziegelbruch- und Betonbruchstücke angetroffen worden seien, bezieht sich aber auf die neue Aufschüttung. Zudem ergibt sich aus dem Bericht eindeutig, dass nicht nur 50 m³ Bodenmaterial aus Rückständen der Karotten-Reinigung zugeführt wurden, sondern auch rund zehn Mal mehr Oberboden von einer Baustelle auf den Parzellen Wiler bei Utzenstorf Grundbuchblätter Nr. J. _____ bis K. _____.

I) Ein nachträgliches Baugesuch kommt hier somit deshalb nicht in Frage, weil das Bauvorhaben mangels Zonenkonformität offensichtlich nicht bewilligungsfähig ist und auch eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG ausser Betracht fällt (vgl. Erwägung 3.h, zweiter Absatz). Folglich muss den Beschwerdeführerinnen nicht erneut Gelegenheit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs eingeräumt werden.

Weshalb die Akten des zurückgezogenen nachträglichen Baugesuchs für das weitere Verfahren nicht beigezogen werden dürften, wie dies die Beschwerdeführerinnen geltend machen, ist nicht nachvollziehbar. Soweit die Beschwerdeführerinnen inhaltlich mit diesen Akten in bestimmten Punkten nicht einverstanden waren, konnten sie dies in ihrer Beschwerde rügen.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) In der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung wurden die Beschwerdeführerinnen verpflichtet, die nicht bewilligten Terrainveränderungen auf der Parzelle Nr. H. _____ unter Einhaltung von Auflagen vollständig rückgängig zu machen. Die Beschwerdeführerinnen wehren sich gegen diese Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Sie machen geltend, sie hätten auf Empfehlung des Unternehmers der Erdarbeiten in gutem Glauben eine Optimierung der topographischen Situation vornehmen lassen. Sie hätten damit zur Verbesserung der optischen Gestaltung der Umgebung und zur Verbesserung der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung beitragen wollen. Dabei sei zusätzlich eine besonders fruchtbare Erde aus Rückständen der Karottenreinigung vom nahe gelegenen L. _____-Betrieb zugeführt worden. Ihnen sei weder das genaue Vorgehen noch die Menge des zugeführten Erdmaterials bekannt gewesen.

Weiter machen sie geltend, an der Wiederherstellung bestünden offensichtlich keine privaten Interessen. Aber auch öffentliche Interessen an der Durchsetzung rechtlicher Vorschriften zu Fruchtfolgeflächen seien keine erkennbar. Zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufschüttung sei die Parzelle Nr. H._____ eine gewöhnliche landwirtschaftliche Kulturlandfläche in der Landwirtschaftszone gewesen. Die Bezeichnung als Fruchtfolgefläche bzw. die Aufnahme in das entsprechende Inventar sei erst mit der Baugesetzänderung vom 16. Mai 2016 erfolgt. Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung habe sich folglich an den in der Ausführungszeit geltenden gesetzlichen Grundlagen zu messen. Der heutige Zustand sei für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung besser und durch die Aufschüttung seien weder Natur noch Landschaft beeinträchtigt worden. Unter diesen Umständen sei die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unverhältnismässig.

b) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.¹⁹

c) Mit Art. 46 BauG besteht somit eine gesetzliche Grundlage für die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Ob hier an der Wiederherstellungsanordnung ein privates Interesse besteht, ist unerheblich. Ein entsprechendes öffentliches Interesse ist auf jeden Fall gegeben. Dieses liegt zum einen an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen, welche durch die umstrittene und nicht bewilligungsfähige Terrainaufschüttung verletzt wurden. In der Sache besteht ein erhebliches öffentliches Interesse, dass die weder notwendige (kein bodenkundliches

¹⁹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

Problem) noch fachgerecht durchgeführte Aufschüttung (kein natürlicher Bodenaufbau) rückgängig gemacht und die nachhaltige Bodenfruchtbarkeit wieder hergestellt wird.

Mit der angeordneten Wiederherstellung können der natürliche Bodenaufbau und die nachhaltige Bodenfruchtbarkeit wiederhergestellt werden, womit die Massnahmen geeignet ist. Zudem ist sie auch erforderlich, da keine mildere Massnahme zur Verfügung steht. Insbesondere könnten mit den in Ziff. 7.3.1 des Berichts der Geotest AG vom 21. November 2016 vorgeschlagenen sanften Rekultivierungsmassnahmen weder die natürliche Schichtabfolge wiederhergestellt werden noch würde das (teilweise verschmutzte) Aushubmaterial, das für die Aufschüttung verwendet wurde, entfernt und korrekt entsorgt.

Im Zusammenhang mit der Frage der Zumutbarkeit machen die Beschwerdeführerinnen geltend, sie seien gutgläubig gewesen. Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht hat gutgläubig sein können. Dabei wird allgemein vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist. Wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Bewilligungspflicht erkundigen. Die Bauherrschaft muss sich das Wissen(müssen) der von ihr beauftragten Unternehmen anrechnen lassen.²⁰ Ob den Beschwerdeführerinnen das genaue Vorgehen oder die Menge des zugeführten Erdmaterials bekannt war, ist daher für die Frage ihrer Gutgläubigkeit unerheblich. Die Beschwerdeführerinnen gelten somit im baurechtlichen Sinn als bösgläubig. Daran vermag auch ihr Motiv, weshalb sie die illegale Aufschüttung angeblich haben vornehmen lassen, nichts zu ändern. Aufgrund dieser Bösgläubigkeit der Beschwerdeführerinnen sind die angeordneten Massnahmen für sie auch zumutbar.

d) Die Bezeichnung des betroffenen Bodens als Fruchtfolgefläche bzw. seine Aufnahme in das entsprechende Inventar ist für die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands irrelevant. Ob die Parzelle Nr. H._____ zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufschüttung eine gewöhnliche landwirtschaftliche Kulturlandfläche in der Landwirtschaftszone gewesen ist, spielt somit keine Rolle. Relevant für die angeordnete Wiederherstellung ist einzig, dass eine nicht fachgerecht durchgeführte Aufschüttung ohne natürlichen Bodenaufbau vorgenommen wurde. Dadurch ist eine nachhaltige

²⁰ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b

Bodenfruchtbarkeit in Frage gestellt, weshalb die Aussage der Beschwerdeführerinnen, der heutige Zustand sei für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung besser, nicht richtig ist.

Zwar wird die Zugehörigkeit des betroffenen Bodens zum Inventar der Fruchtfolgeflächen bzw. dessen Fruchtfolgeflächenqualität im Bericht der Geotest AG vom 21. November 2016, in der Beurteilung des AWA vom 15. März 2017 und in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung erwähnt. Für die Frage, ob die vorgenommene Terrainaufschüttung rückgängig gemacht werden muss, ist diese Erwähnung aber unerheblich. Im Übrigen wurden die aktuellen bundesrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Fruchtfolgeflächen vor der Vornahme der Terrainaufschüttung in Kraft gesetzt.²¹ Lediglich die neue Bestimmungen zum Schutz des Kulturlands inklusive den Bestimmungen zu den Fruchtfolgeflächen in Art. 8a ff. BauG und Art. 11a ff. BauV traten erst am 1. April 2017 in Kraft.

e) Die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erweist sich damit als verhältnismässig. Folglich ist die Beschwerde unbegründet und wird abgewiesen. Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung wird bestätigt. Die von der Gemeinde verfügte Wiederherstellungsfrist bis Ende September 2019 ist noch nicht abgelaufen. Diese Frist reicht zur Ausführung der angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen nach wie vor aus und wird deshalb nicht von Amtes wegen verlängert. Ein entsprechender Antrag der Beschwerdeführerinnen liegt nicht vor.

5. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführerinnen. Sie haben daher die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'800.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG i. V. m. Art. 19 Abs. 1 GebV²²). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 3 VRPG).

²¹ <https://www.are.admin.ch/are/de/home/raumentwicklung-und-raumplanung/strategie-und-planung/konzepte-und-sachplaene/sachplaene-des-bundes/sachplan-fruchtfolgeflaechen-sp-fff.html>

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

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Wiler bei Utzenstorf vom 21. Juni 2018 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'800.-- werden den Beschwerdeführerinnen zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Wiler bei Utzenstorf, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Wasser und Abfall (AWA), Rechtsdienst, im Haus, zur Kenntnis
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier, zur Kenntnis

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungspräsident