

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/105

Bern, 20. Dezember 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

und



Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Twann-Tüscherz, Gemeindeverwaltung, Moos
11, Postfach 16, 2513 Twann

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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Twann-Tüscherz vom
10. August 2017 (Bauentscheid 09-B-2014) und Verfügung des AGR vom 16. Oktober
2016 (G.-Nr. 381 14 1678); Pool

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind Eigentümer der Parzelle Twann-Tüscherz Grundbuchblatt Nr. D. _____. Die Parzelle ist mit einem Wohnhaus bebaut und befindet sich gemäss dem Nutzungsplan¹ der Gemeinde Twann-Tüscherz in der Landwirtschaftszone. Die Parzelle liegt ausserdem in einem BLN-Schutzgebiet (BLN Inventar Objektnummer E. _____, Linkes Bielerseeufer). Die Beschwerdeführenden erwarben die Parzelle im Jahr 2013. Am 14. Mai 2014 reichten sie bei der Gemeinde

¹ Nutzungsplan im Massstab 1:2'000 vom 9. Dezember 1997 der Gemeinde Twann, genehmigt vom Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am 16. März 1998

Twann-Tüscherz ein Baugesuch ein für den Um- und Ausbau des bestehenden Hauses. Mit Gesamtentscheid vom 3. September 2014 erteilte das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne die Baubewilligung und das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) mit Verfügung vom 27. August 2014 die Ausnahmbewilligung für die Installation einer neuen Pelletheizung, die Montage eines Transportlifts für Warentransporte, die Umgestaltung der Gartenanlage sowie den Bau eines terrainbündigen Pools oder Feuerwehrweihers.

2. Am 28. November 2014 reichten die Beschwerdeführenden ein Projektänderungsgesuch ein. Die Projektänderung umfasste die Installation einer Wärmepumpe anstelle der Pelletheizung, das Erstellen eines nicht terrainbündig versenkten Pools, eine Balkonerweiterung, eine Fotovoltaik-Anlage, ein elektrisch gesteuertes Sonnensegel und den Rückbau des Warenliftes. Mit Eingaben vom 25. März 2015 und 23. April 2015 verzichteten die Beschwerdeführenden auf die Balkonerweiterung, das Wasserreservoir und die Fotovoltaik-Anlage. Mit Bauentscheid vom 27. August 2015 bewilligten das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne und das AGR die Installation der Wärmepumpe, diverse Absturzsicherungen und einen Maschendrahtzaun ost- und südseitig um das Grundstück. Für den nicht terrainbündig erstellten Swimmingpool und das Sonnensegel mit Chromstahlstützen erteilte das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne den Bauabschlag. Für diese Bauten oder Anlagen ordnete es bis 30. November 2015 die Entfernung an.

3. Die Beschwerdeführenden reichten am 8. September 2015 erneut ein Baugesuch ein. Es umfasste wiederum die Umgestaltung des Aussenbereichs, namentlich einen 1.20 cm hohen mit Efeu begrüntem Maschendrahtzaun als Absturzsicherung entlang der ost- und südseitigen Grundstücksgrenzen, ein Eingangstor in Holz auf der Ostseite der Terrasse, eine Pergola anstelle des Sonnensegels sowie einen terrainbündig versenkten Pool. Mit Bauentscheid vom 10. August 2017 erteilte die Gemeinde Twann-Tüscherz die Baubewilligung für die Gestaltung des Aussenbereichs und die neuen Absturzsicherungen. Aufgrund der negativen Beurteilung durch das AGR vom 11. Oktober 2016 erteilte die Gemeinde für den terrainbündig geplanten Swimmingpool und die Pergola den Bauabschlag. Sie ordnete an, der nicht terrainbündig ausgeführte Swimmingpool müsse bis 31. Oktober 2017 entfernt werden. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme bei Nichtbefolgung an.

4. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 1. September 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellen den Antrag, der Swimmingpool sei 1.10 m über dem Terrain, was in etwa dem aktuellen Standort entspricht, zu bewilligen. Weiter erklären sie, die geplante Pergola werde nicht gebaut, weshalb dieser Punkt nicht zu prüfen sei.

5. Die Gemeinde beantragt in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2017 die Abweisung der Beschwerde. Auch das AGR schliesst in seiner Stellungnahme vom 4. Oktober 2017 auf Abweisung der Beschwerde.

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet², führte den Schriftenwechsel durch und holte bei der Gemeinde die Vorakten und beim Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne die Akten zu den Bauentscheiden vom 27. August 2015 (bnpro 1/2015) und vom 3. September 2014 (bbew 71/2014) ein. Mit Eingabe vom 23. Oktober 2017 reichten die Beschwerdeführenden abgeänderte Projektpläne ein. Diese behandelte das Rechtsamt als Projektänderungsgesuch. Die Gemeinde und das AGR erhielten Gelegenheit, sich zur Projektänderung vom 23. Oktober 2017 zu äussern. Auf die Eingaben der Parteien und die vorhandenen Akten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide – und mit ihnen zusammen die weiteren Verfügungen nach Art. 9 Abs. 2 Bst. b KoG³ wie jene des AGR – sowie baupolizeiliche Verfügungen können nach

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

Art. 40 und Art. 49 Abs. 1 BauG⁴ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführenden, deren Baugesuch teilweise abgewiesen und die zur Entfernung des Swimmingpools verpflichtet wurden, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde enthält Anträge und eine Begründung; auf sie ist einzutreten.

2. Gegenstand des Verfahrens und Projektänderung

a) Nicht Streitgegenstand sind die Gestaltung des Aussenraums und die Absturzsicherungen. Diese baulichen Veränderungen bewilligte die Gemeinde (vgl. Ziff. 2 des Dispositivs). Ebenfalls nicht Gegenstand des Verfahrens ist der Bauabschlag betreffend die Pergola. Die Beschwerdeführenden erklärten in ihrer Beschwerde, dass sie die Pergola nicht bauen würden. Der angefochtene Entscheid vom 10. August 2017 der Gemeinde Twann-Tüscherz ist in diesen Punkten in Rechtskraft erwachsen.

b) Strittig ist hingegen, ob die Gemeinde die Entfernung des Pools zu Recht anordnete. Im Beschwerdeverfahren stellen die Beschwerdeführenden zudem den Antrag, es sei der Swimmingpool um 1.10 m über dem gewachsenen Terrain am aktuellen Standort zu bewilligen. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 reichten die Beschwerdeführenden geänderte Projektpläne ein. Diese weisen gegenüber den massgeblichen Projektplänen⁵ im vorinstanzlichen Verfahren folgende Änderungen auf:

- Verschieben und nicht mehr terrainbündiges Setzen des Pools (Höhenkote Oberkante des Swimmingpool-Randes neu -134 statt -234) sowie Erstellen einer neuen ca. 1.10 m hohen und 7.50 m langen Blocksteinmauer entlang der Südseite des Swimmingpools (Höhenkote Mauerkrone -134).
- Abbruch der bestehenden Blocksteinmauer der zweiten Terrasse und Verkürzung der bestehenden Aussentreppe um ca. 1.20 m.

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁵ Vgl. Projektpläne mit Stempel der Baukommission Twann-Tüscherz vom 10. August 2017 im Dossier der Gemeinde Twann-Tüscherz Nr. F. _____ ganz hinten

Die vorliegende Projektänderung ähnelt zwar dem Projekt, für welches das Regierungsstatthalteramt mit Bauentscheid vom 27. August 2015 den Bauabschlag erteilte.⁶ Die beiden Projekte unterscheiden sich aber dennoch: Beim rechtskräftig beurteilten Projekt im Jahr 2015 lag der Standort des Pools deutlich näher an der südlichen Parzellengrenze und es war keine zusätzliche Blocksteinmauer geplant. Auch waren beim Projekt im 2015 weder der Abbruch der bestehenden Blocksteinmauer noch die Verkürzung der bestehenden Aussentreppe ein Thema. Über die vorliegende Projektänderung wurde somit noch nicht rechtskräftig entschieden. Von einer *res iudicata*, d.h. einer bereits rechtskräftig beurteilten Sache, kann hier nicht gesprochen werden. Auf die vorliegende Projektänderung ist einzutreten.

c) Wird in einem laufenden baurechtlichen Verfahren eine Projektänderung im Sinn von Art. 43 BewD⁷ eingereicht, tritt das geänderte Projekt an die Stelle des ursprünglichen Bauvorhabens.⁸ Vorliegend bleibt das Projekt in den Grundzügen gleich, so dass es sich um eine Projektänderung im Sinn von Art. 43 BewD handelt. Verfahrensinhalt bzw. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist somit nur noch das Projekt gemäss der Projektänderung vom 23. Oktober 2017 sowie die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde, den Pool vollständig zu entfernen.

3. Projektänderung

a) Die BVE behandelte das Verschieben und nicht mehr terrainbündige Setzen des Swimmingpools, die neue Blocksteinmauer entlang der Südseite des Swimmingpools, den Abbruch der bestehenden Blocksteinmauer und die Verkürzung der bestehenden Aussentreppe als Projektänderung. Erfolgt die Projektänderung im Beschwerdeverfahren, sind die Gemeinde, die Gegenpartei und die von der Projektänderung berührten Dritten anzuhören (Art. 43 Abs. 3 BewD).

b) Die Beschwerdeführenden stellen sich auf den Standpunkt, der Pool sei mit Entscheid vom 3. September 2014 bewilligt worden. Optisch sehe das Vorhaben gemäss

⁶ Projektpläne mit Stempel der Gemeindeschreiberei Twann-Tüscherz vom 24. April 2015 im Dossier der Gemeinde Twann-Tüscherz Nr. G. _____ ganz hinten

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

⁸ Vgl. BVR 2012 S. 463, E. 2.2 mit weiteren Hinweisen

der Projektänderung mit der neuen Mauer nicht anders aus als wenn der Swimmingpool terrainbündig erstellt würde. Die Beschwerdeführenden verweisen zudem auf Art. 6 Abs. 1 Bst. b und i BewD. Sie bringen vor, es brauche für unbeheizte Schwimmbecken bis zu 15 Quadratmeter Fläche, beheizte Schwimmbecken bis zu acht Kubikmeter Inhalt und für 1.20 m hohe Stützmauern keine Baubewilligung.

c) Mit Schreiben vom 7. November 2017 lehnte das AGR die Verschiebung des Pools sowie die neue Blocksteinmauer entlang der Südseite des Pools ab. Es hielt fest, der Pool sei nach der neuen Praxis, die seit dem Sommer 2016 gelte, zu beurteilen. Die seinerzeitige Ausnahmegewilligung für das Erstellen des Pools habe es vor der Praxisänderung am 23. Juni 2014 erteilt, weil mit dem Pool die maximal zulässige Erweiterungsfläche eingehalten blieb. Auch sei mit dem terrainbündigen Einbau des Pools das Erscheinungsbild gewahrt geblieben. Nach der heutigen Praxis seien Erweiterungen nur noch in seltenen Fällen zulässig. Danach müssten Veränderung am äusseren Erscheinungsbild nach Art. 24c Abs. 4 RPG⁹ für eine zeitgemässe Wohnnutzung oder energetische Sanierung nötig oder darauf ausgerichtet sein, die Einpassung in die Landschaft zu verbessern. Mit der vorliegenden Projektänderung werde der Rahmen von Art. 24c Abs. 4 RPG gesprengt. Zudem werde durch die zusätzliche Mauer auf der Südseite des Pools das Erscheinungsbild nicht gewahrt. Dem Abbruch der bestehenden Mauer und der Verkürzung der Treppe könne zugestimmt werden. Die Gemeinde erklärte in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2017, sie folge dem Entscheid des AGR, da dieses über die Zonenkonformität entscheide.

d) Die Bauparzelle Nr. D._____ liegt in der Landwirtschaftszone. Die baulichen Veränderungen werden somit ausserhalb der Bauzone vorgenommen. Ausserhalb der Bauzone ist die Baubewilligungsfreiheit nach Art. 6 BewD eingeschränkt. Liegen baubewilligungsfreie Bauvorhaben nach Art. 6 BewD nämlich ausserhalb der Bauzone und sind sie geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie z.B. den Raum äusserlich erheblich verändern, unterstehen sie gemäss Art. 7 Abs. 1 BewD der Baubewilligungspflicht. Das ist hier der Fall. Der Swimmingpool und die übrigen baulichen Veränderungen sind geeignet, den Aussenraum der Bauparzelle erheblich zu verändern, wie das Foto in den Beschwerdeakten zeigt.¹⁰ Die Baubewilligungspflicht der

⁹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

¹⁰ Vgl. Fotoaufnahme vom 10. August 2017 der Beilage zur Stellungnahme der Gemeinde Twann-Tüscherz vom 2. Oktober 2017 in den Beschwerdeakten RA Nr. 110/2017/105

Projektänderung ist hier somit gestützt auf Art. 7 Abs. 1 BewD zu bejahen. Die Beschwerdeführenden vermögen mit ihrem Verweis auf Art. 6 Abs. 1 Bst. b und i BewD nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

Nach Art. 22 Abs. 2 RPG können Bauten und Anlagen nur bewilligt werden, wenn sie dem Zweck der Nutzungszone entsprechen. In der Landwirtschaftszone sind Bauten und Anlagen grundsätzlich nur zonenkonform, wenn sie zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a RPG). Der Swimmingpool und die anderen baulichen Veränderungen im Aussenbereich dienen nicht der Landwirtschaft und sind dementsprechend nicht zonenkonform. Damit sie bewilligt werden könnten, müssten sie die Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 ff. RPG erfüllen. Da die Liegenschaft der Beschwerdeführenden vor dem 1. Juli 1972 rechtmässig erstellt worden ist, bedarf es hier einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24c RPG.

e) Das Baugrundstück liegt ausserhalb des Dorfkerns von Twann in einer Hanglage. Das Gelände fällt dort relativ stark Richtung Süden gegen den Bielersee ab. Auf der Südseite des Wohnhauses befindet sich der terrassierte Gartenraum. Der Swimmingpool soll auf der Höhe der zweiten Terrasse platziert werden. Südseitig überragt er so das gewachsene Terrain der unteren Terrasse um ca. 1.10 m. Nach den Projektänderungsplänen mit Stempel der BVE vom 27. Oktober 2017 ist der Swimmingpool 6 m lang, 2.60 m breit und 1.60 m tief. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführenden kann der Pool beheizt werden.

f) Bauten und Anlagen, die unter den Geltungsbereich von Art. 24c RPG fallen, können erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden (Art. 24c Abs. 2 RPG). Eine Änderung gilt als teilweise und eine Erweiterung als massvoll, wenn die Identität der Baute oder Anlage einschliesslich ihrer Umgebung in den wesentlichen Zügen gewahrt bleibt (Art. 42 Abs. 1 RPV¹¹). Ob die Identität der Baute oder Anlage im Wesentlichen gewahrt bleibt, ist nach Art. 42 Abs. 3 RPV unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen.¹² Erweiterungen ausserhalb des Gebäudevolumens führen zu einer Veränderung am äusseren Erscheinungsbild. Damit Veränderungen ausserhalb des Gebäudevolumens zulässig sind, müssen sie für eine zeitgemässe Wohnnutzung oder für

¹¹ Raumplanungsverordnung des Bundesrates vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1)

¹² BGer 1C_312/2016 vom 3. April 2017, E. 3.1 mit Hinweisen

eine energetische Sanierung nötig oder darauf ausgerichtet sein, die Einpassung in die Landschaft zu verbessern (Art. 24c Abs. 4 RPG). An diese Voraussetzungen sind gemäss der bundesgerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung hohe Anforderungen zu stellen.¹³ Nach der Praxis des AGR können zum zeitgemässen Wohnen beispielsweise ein gedeckter, mindestens zweiseitig offener Fahrzeugunterstand, ein Aussensitzplatz oder ein Balkon nötig sein.¹⁴

g) Der nicht terrainbündig versetzte Swimmingpool erfüllt die Voraussetzungen von Art. 24c Abs. 4 RPG nicht. Ein beheizter und festinstallierter Aussenpool ist zum zeitgemässen Wohnen nicht nötig. Er ist auch nicht darauf ausgerichtet, die Einpassung in die geschützte Umgebung zu verbessern. Im Gegenteil: Der 1.60 m tiefe Swimmingpool überragt auf der Südseite das gewachsene Terrain der untersten Terrasse um 1.10 m. Zusammen mit der zusätzlichen 1.10 m hohen und 7.50 m langen Blocksteinmauer entsteht eine grosse und künstliche Mittelterrasse, die sich störend von der natürlichen Umgebung abhebt. Das steht auch in Widerspruch zur kantonalen Gestaltungsvorschrift von Art. 9 Abs. 1 BauG. Danach dürfen Bauten und Anlagen Landschaften und Ortsbilder nicht beeinträchtigen. Zum gleichen Ergebnis gelangte auch der Verein Netzwerk Bielersee. In seiner Stellungnahme vom 29. September 2016 hielt er fest, dass der Swimmingpool nur bewilligt werden könne, wenn er in seinem gesamten Ausmass, d.h. mit allen vier Eckpunkten und ohne zusätzliche Böschungen oder Terrainveränderungen, terrainbündig versenkt werde.¹⁵ Dem Vorhaben stehen somit Ortsbild- und Landschaftsschutzinteressen entgegen. Eine Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 24c RPG kann nicht erteilt werden. Die Projektänderung vom 23. September 2017 ist nicht bewilligungsfähig, soweit sie die Verschiebung des Swimmingpools und die Erstellung der neuen ca. 1.10 m hohen und 7.50 m langen Blocksteinmauer entlang der Südseite des Swimmingpools umfasst. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass durch die Verschiebung des Pools und der 1.10 m hohen Mauer eine neue begehbare Fläche oder Terrasse mit Absturzgefahr geschaffen würde. Da hier die Absturzhöhe mehr als 1 m beträgt, müsste die begehbare Fläche gemäss SIA-Norm 358 durch ein Schutzelement gesichert werden. Diese würde das äussere Erscheinungsbild zusätzlich belasten.

¹³ BGer 1C_247/2015 vom 14. Januar 2016, E. 4.2; VGer 2014/322 vom 3. Mai 2016, E. 3.5 ff.

¹⁴ Vgl. BSiG Nr. 7/721.0/14.2 Bauen ausserhalb der Bauzone; Bewilligungspraxis bei Ausnahmegesuchen für die Erweiterung von altrechtlich bestehenden, zonenfremden Wohnbauten Artikel 24c Absatz 4 Raumplanungsgesetz (RPG), Artikel 42 Raumplanungsverordnung (RPV) vom 13. September 2017, S. 2

¹⁵ Vgl. pag. 34 der Vorakten Dossier Nr. F._____ der Gemeinde Twann-Tüscherz

h) Bei dieser Ausgangslage ist unklar, ob die Beschwerdeführenden an den restlichen Teilen der Projektänderung vom 23. Oktober 2017, d.h. am Abbruch der bestehenden Blocksteinmauer und der Verkürzung der bestehenden Aussentreppe, festhalten wollen. Die Projektänderung wird deshalb bezüglich dieser zwei Punkte gestützt auf Art. 43 Abs. 2 BewD an die Gemeinde Twann-Tüscherz zur Weiterbehandlung zurückgewiesen. Sie wird in einem ersten Schritt klären müssen, ob die Beschwerdeführenden mit Blick auf den Bauabschlag für den Swimmingpool und der damit verbundenen Wiederherstellungsmassnahme (vgl. Erwägung 5) an einem Entscheid über die Projektänderung vom 23. Oktober 2017 noch interessiert sind. Wenn dies der Fall ist, haben die Beschwerdeführenden der Baubewilligungsbehörde ein separates Ausnahmegesuch für das Bauen ausserhalb der Bauzone nachzureichen. Die Baubewilligungsbehörde wird dabei zu klären haben, welche weiteren Dritten (Nachbarn oder Fachorganisationen) von der Projektänderung betroffen sind oder sie kann die Projektänderung publizieren.

i) Als Zwischenergebnis steht somit fest, dass der fragliche Swimmingpool am aktuellen Standort mit der geplanten Blocksteinmauer nicht bewilligungsfähig ist.

4. Wiederherstellung

a) Mit Entscheid vom 3. September 2014 bewilligten das Regierungsstatthalteramt und das AGR den Beschwerdeführenden das Erstellen eines terrainbündig versenkten Pools auf der untersten Terrasse entlang der südlichen Parzellengrenze. Aktenkundig ist, dass die Beschwerdeführenden den Pool nicht am bewilligten Standort erstellten.¹⁶ Sie platzierten ihn wegen des felsigen Untergrunds in Abweichung zur Baubewilligung vom 3. September 2014 ca. 2.50 m hangaufwärts, wie den Projektänderungsplänen mit Stempel der BVE vom 27. Oktober 2017 und dem Foto¹⁷ der Gemeinde entnommen werden kann. Es steht damit fest, dass der Swimmingpool formell rechtswidrig ist. Aus der Erwägung 4d folgt zudem, dass der Swimmingpool am aktuellen Standort auch nicht bewilligungsfähig

¹⁶ Vgl. bewilligte Projektpläne mit Stempel des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne vom 3. September 2014 im Dossier der Gemeinde Twann-Tüscherz Nr. F. _____ ganz hinten

¹⁷ Vgl. Fotoaufnahme vom 10. August 2017 der Beilage zur Stellungnahme der Gemeinde Twann-Tüscherz vom 2. Oktober 2017 in den Beschwerdeakten RA Nr. 110/2017/105

ist. Der fragliche Swimmingpool ist demzufolge an diesem Standort auch materiell rechtswidrig.

b) Steht die Widerrechtlichkeit einer Baute oder Anlage fest, so ist darüber zu entscheiden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz (guter Glaube) nicht verletzen.¹⁸ Die Frage nach der Verhältnismässigkeit ist dabei mit der Frage nach dem öffentlichen Interesse und dem Vertrauensschutz verknüpft, es geht letztlich um eine Interessenabwägung. So ist eine Wiederherstellungsmassnahme, an der kein öffentliches Interesse besteht, auch unverhältnismässig.¹⁹ Öffentliche Interessen sind vorab Folgende: Das Interesse an der Einhaltung von Rechtsnormen, die präjudizielle Wirkung durch deren Nichteinhaltung und der Schutz des durch die verletzte Norm geschützten Rechtsgutes. Private Interessen sind insbesondere die geldwerten Interessen: In der Regel sind dies die Kosten, die für eine Wiederherstellung aufgewendet werden müssen, sowie der Verlust von Sachwerten durch die Beseitigung des widerrechtlichen Bauwerks.

c) Die Gemeinde ordnete im angefochtenen Entscheid an, dass der Swimmingpool bis am 31. Oktober 2017 vollständig entfernt werden muss (vgl. Ziff. 4 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids). Dagegen wehren sich die Beschwerdeführenden. Sinngemäss bringen sie vor, die Wiederherstellung sei unverhältnismässig.

d) Nach den Akten haben die Beschwerdeführenden den Swimmingpool ca. 2.50 m hangaufwärts neben dem bewilligten Standort erstellt. Das Mass der Abweichung ist hier erheblich; es wirkt sich aufgrund der Hanglage des Grundstücks verstärkt aus. Entsprechend gross ist das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung, besonders im Hinblick auf den Ortsbild- und Landschaftsschutz: Den Akten ist denn auch zu entnehmen, dass das terrainbündige Versenken des Swimmingpools vor allem mit Rücksicht auf das äussere Erscheinungsbild verlangt wurde.²⁰ An der Entfernung des Pools besteht somit ein erhebliches und konkretes öffentliches Interesse. Die angeordnete Wiederherstellung liegt daher im öffentlichen Interesse.

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9

¹⁹ Siehe Ursula Boos in: KPG-Bulletin 2/2015 S. 62 f.

²⁰ Vgl. Stellungnahme des AGR vom 7. November 2017 in den Beschwerdeakten RA Nr. 110/2017/105

e) Die Beschwerdeführenden bringen vor, Grund für die Verschiebung des Pools sei der felsige Untergrund gewesen. Der Pool könne am bewilligten Standort nur mit sehr grossem Aufwand versenkt werden. Mit dieser Argumentation stossen die Beschwerdeführenden ins Leere. Als Bauherren sind die Beschwerdeführenden für die Einhaltung der Bauvorschriften verantwortlich. Es wäre an ihnen gelegen, sich vor der Projektierung des Swimmingpools über den Baugrund kundig zu machen. Dass sie den Pool anschliessend nicht gemäss den ursprünglich bewilligten Projektplänen ausführten, ist somit alleine ihnen anzulasten. Auch können sich die Beschwerdeführenden nicht auf die frühere Praxis des AGR zu Art. 24c Abs. 4 RPG berufen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf sich der Bürger nicht auf die Weiterführung einer rechtswidrigen Praxis verlassen.²¹ Demzufolge kann die frühere Praxis des AGR zu Art. 24c Abs. 4 RPG keine Vertrauensgrundlage begründen, die es erlauben würde, von der Wiederherstellung abzusehen.

f) Die Entfernung des Pools ist auch verhältnismässig: Sie ist geeignet und erforderlich, um das äussere Erscheinungsbild soweit möglich wieder herzustellen und die unzulässige Nutzung des Pools zu unterbinden. Da es sich bei der Wahrung der Zonenkonformität in der Landwirtschaftszone um ein gewichtiges öffentliches Interesse handelt, wäre sogar bei Gutgläubigkeit der Beschwerdeführenden nicht von einer Wiederherstellung abzusehen.²² Den privaten Interessen der Beschwerdeführenden kann kein erhebliches Gewicht beigemessen werden. Diese bestehen im Wunsch nach einer (nicht gesetzeskonformen) Ideallösung. Hinzu kommen der Verlust der Investitionskosten für den Pool und die Kosten, die durch den Rückbau entstehen. Zu beachten ist dabei, dass sich der Pool womöglich anderenorts wieder verwenden lässt. Die Kosten rechtfertigen hier somit keine Abweichung von den vorliegend gewichtigen öffentlichen Interessen an der Wiederherstellung. Insgesamt überwiegen die öffentlichen Interessen klar die Interessen der Beschwerdeführenden. Die vollständige Entfernung des Pools ist deshalb zumutbar und verhältnismässig. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet; sie ist abzuweisen.

²¹ BGE 132 II 21 E. 6.1 und 8.1

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b/d mit Hinweis auf BGE 132 II 21 E. 6.4 und BGer 1C_404/2009 vom 12. Mai 2010 E. 4

g) Die in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung angesetzte Frist zur vollständigen Entfernung des Swimmingpools ist am 31. Oktober 2017 abgelaufen. Die Frist wird deshalb neu angesetzt. Die Beschwerdeführenden werden aufgefordert, den Swimmingpool bis spätestens am 30. Juni 2018 zu entfernen. Die angesetzte Frist ist grosszügig bemessen, erscheint aber unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich die Beschwerdeführenden in den Wintermonaten im Ausland aufhalten, als angemessen.

5. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Diese wird festgesetzt auf Fr. 1'200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG²³ in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²⁴).

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.00 werden daher den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten gemäss Art. 108 Abs. 3 VRPG zu ersetzen. Da die Gemeinde Twann-Tüscherz und das AGR keinen Anspruch auf Parteikostenersatz haben (Art. 104 Abs. 4 VRPG), sind keine Parteikosten zu sprechen.

III. Entscheid

1. Der Projektänderung vom 23. September 2017 wird der Bauabschlag erteilt, soweit davon die Verschiebung des Swimmingpools und die Erstellung der neuen ca. 1.10 m hohen und 7.50 m langen Blocksteinmauer entlang der Südseite des Swimmingpools betroffen sind. Betreffend den Abbruch der bestehenden Blocksteinmauer (zweite Terrasse) und der Verkürzung der bestehenden Aussentreppe um ca. 1.20 m wird die Projektänderung an die Baubewilligungsbehörde zur Weiterbehandlung zurückgewiesen.

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

²⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

2. Im Übrigen wird der Entscheid vom 10. August 2017 der Gemeinde Twann-Tüscherz, soweit er durch die Projektänderung nicht gegenstandslos geworden ist, bis auf die Wiederherstellungsfrist in Ziffer 4 des Verfügungsdispositivs bestätigt. Die Frist wird neu auf den 30. Juni 2018 angesetzt.
3. Die Verfahrenskosten von 1'200.00 werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau B._____ und Herrn A._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Twann-Tüscherz, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR), per Kurier
- Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne, Hauptstrasse 6, Postfach 304, 2560 Nidau, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin