

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/112

Bern, 24. September 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____

und



Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne, Hauptstrasse 6, Postfach 304, 2560 Nidau

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Mörigen, Gemeindeverwaltung,
Schulstrasse 21, 2572 Mörigen

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne vom 3. Juli 2018
(bbew 20/2018; Pavillon in der Grünzone)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin hat im Oktober 2015 die Baubewilligung für das Erstellen einer Villa "C. _____" auf der Parzelle Mörigen Grundbuchblatt Nr. D. _____ erhalten. Die Parzelle umfasst eine Fläche von 1'750 m². Sie befindet sich rund 450 m oberhalb des Dorfkerns am Siedlungsrand sowie in der Nähe des Waldrandes. Der grössere Teil der Parzelle liegt gemäss dem Zonenplan der Gemeinde in der Wohnzone E1. Ein Landstreifen von rund 405 m² im südöstlichen Teil der Parzelle befindet sich in der Grünzone. Am 12. Juli 2017 fand im Beisein von zwei Vertretern der Gemeinde die Bauabnahme statt. Aufgrund einer Meldung der Kantonspolizei Bern führte die Baupolizeibehörde der Gemeinde Mörigen am 18. Oktober 2017 auf der Bauparzelle Nr. D. _____ eine Nachkontrolle durch. Sie stellte fest, dass auf dem Parzellenteil, der

gemäss dem Zonenplan in der Grünzone liegt, ein Pavillon erstellt worden war. In der Folge forderte die Gemeinde Mörigen die Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 14. Dezember 2017 auf, die ausgeführten Bauarbeiten bis am 30. Juni 2018 rückgängig zu machen und gewährte die Möglichkeit, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Die Beschwerdeführerin reichte daraufhin am 12. Januar 2018 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein für das Erstellen des Kunstwerks "Tempi Passati". Dagegen ging eine Einsprache ein. Mit Entscheid vom 3. Juli 2018 verweigerte das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne die Ausnahmegewilligung für das Bauen in der Grünzone und erteilte den Bauabschlag. Gleichzeitig ordnete es in der Ziffer 4.3 des Dispositivs unter dem Titel "Wiederherstellung" Folgendes an:

"Die Wiederherstellungsmassnahmen sind, unter Androhung der Ersatzvornahme durch die Baupolizeibehörde der Gemeinde Mörigen, wie folgt auszuführen:

- das ohne Baubewilligung erstellte Kunstwerk "Tempi Passati" ist, bis auf die betonierte Bodenplatte, bis zum 31. Oktober 2018 vollständig zurückzubauen."

2. Gegen den Bauentscheid und die Wiederherstellungsverfügung reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 6. August 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Der Gesamtbauentscheid (Bauabschlag und Wiederherstellungsverfügung) des Regierungsstatthalteramtes Biel/Bienne vom 3. Juli 2018 sei aufzuheben.
2. Es sei die Baubewilligung für das erstellte Kunstwerk "Tempi Passati" auf dem Grundstück Mörigen-Gbbl. Nr. D._____, E._____weg, Mörigen, mit Erteilung der beiden Ausnahmegewilligungen für die Baute in Waldesnähe nach Art. 25 KWaG sowie in der Grünzone nach Art. 221 BR EG Mörigen vom 5. Oktober 2009 i.V.m. Art. 79 BauG, zu erteilen.
3. Eventualiter: Der Gesamtbauentscheid des Regierungsstatthalteramtes Biel/Bienne vom 3. Juli 2018 sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Die Verfahrenskosten seien dem Staat Bern aufzuerlegen und dem Beschwerdeführer sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen."

Die Beschwerdeführerin rügt einerseits, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Andererseits bringt sie vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht richtig bzw. unvollständig festgestellt. Sie vertritt ausserdem die Meinung, das Kunstwerk sei bewilligungsfähig und eine allfällige Baubewilligung hätte mit entsprechenden Auflagen und Bedingungen verknüpft werden können. Besonders kritisiert sie, dass die Gemeinde Bauten in der Grünzone rechtsungleich behandle. Ferner bringt sie vor, die

Wiederherstellungsverfügung sei unverhältnismässig und durch kein konkretes öffentliches oder nachbarliches Interesse gedeckt.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte beim Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne die Vorakten und bei der Gemeinde Mörigen die Akten zum baupolizeilichen Verfahren ein. In der Stellungnahme vom 24. August 2018 beantragte das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Auch die Gemeinde Mörigen beantragte in ihrer Eingabe vom 6. September 2018 die Abweisung der Beschwerde. In Abweichung vom angefochtenen Entscheid beantragte die Gemeinde die Entfernung der Bodenplatte und die Begrünung der Bodenfläche.

4. Auf Antrag der Beschwerdeführerin führte das Rechtsamt der BVE zur Klärung des Sachverhalts im Beisein der Parteien einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Es holte zudem bei der Gemeinde die Bauakten zu den Parzellen Nr. J. _____ und Nr. I. _____ ein. Weiter gewährte es den Verfahrensbeteiligten mit Instruktionsverfügung vom 20. September 2018 das rechtliche Gehör zur Frage der Rechtmässigkeit der Bodenplatte. Die Beschwerdeführerin erhielt ausserdem Gelegenheit, den Bau der Bodenplatte zu dokumentieren. Schliesslich konnten sich die Parteien zum Protokoll des Augenscheins äussern und Schlussbemerkungen einreichen. In den Schlussbemerkungen vom 17. April 2019 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei auf eine Wiederherstellung der Bodenplatte zu verzichten. Zudem bemängelt sie das Beweisverfahren, das die BVE durchgeführt hatte. Im Übrigen hält die Beschwerdeführerin an ihrer bisherigen Begründung fest. Das Regierungsstatthalteramt verzichtete auf die Einreichung von Schlussbemerkungen.

5. Die Gemeinde hielt im Verlauf des Beschwerdeverfahrens an ihrer Auffassung, wonach auch die Bodenplatte zurückzubauen und die Bodenfläche zu begrünen sei, fest. Mit Schreiben vom 4. April 2019 teilte die Gemeinde schliesslich mit, sie habe zum Verfahren keine weiteren Bemerkungen. Auf die Rechtsschriften, die vorliegenden Akten

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)

sowie auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne. Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG² und Wiederherstellungsverfügungen nach Art. 49 Abs. 1 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Das Baugesuch der Beschwerdeführerin wurde abgewiesen. Zudem ist die Beschwerdeführerin als Grundeigentümerin der Parzelle Nr. D._____ Adressatin der Wiederherstellungsverfügung. Sie ist durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Sie kritisiert zum einen, die Vorinstanz habe zu ihrem Antrag auf Durchführung eines Augenscheins nicht Stellung genommen und diesen nicht mit einer prozessleitenden Verfügung abgewiesen. Zum anderen macht sie geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt ungenügend abgeklärt, indem sie keinen Augenschein und keine Einigungsverhandlung durchgeführt habe. Sie ist der Meinung, im Rahmen eines Augenscheines vor Ort hätte allenfalls unter dem Vorsitz des Regierungsstatthalters mit

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

der Baukommission Mörigen eine Einigung gefunden werden können. Der angefochtene Entscheid müsse aufgehoben und an das Regierungsstatthalteramt zurückgewiesen werden.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG³ verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid sachgerecht anfechten können. Deshalb muss die Behörde mindestens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Sie muss sich dabei nicht ausdrücklich mit jeder Behauptung zum Sachverhalt und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.⁴ Ein Anspruch auf eine ausführliche schriftliche Begründung besteht nicht.⁵

Verwaltungsbehörden sind ausserdem sowohl aufgrund der Untersuchungsmaxime (Art. 18 VRPG) als auch gestützt auf den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG) verpflichtet, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. Erst wenn die Behörde bei freier, pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verletzen.⁶

c) Im vorliegenden Fall stellte die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren mit Eingabe vom 14. Mai 2018 unter anderem den Antrag, es sei ein Augenschein am E._____weg in Mörigen mit anschliessender Einspracheverhandlung durchzuführen.⁷ Es trifft zwar zu, dass die Vorinstanz den Antrag auf Durchführung eines Augenscheins und einer Einigungsverhandlung nicht mit einer separaten prozessleitenden Verfügung

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

⁴ BGE 134 I 83 E. 4.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 6 ff.

⁵ BGE 112 Ia 107 E. 2b; BGE 123 I 31 E. 2c; BGE 126 I 97 E. 2b

⁶ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen

⁷ Vgl. pag. 41 der Vorakten des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne in der schwarzen Mappe bbew 20/2018

abwies. Der Verzicht auf weitere Beweismassnahmen bewirkt nach der bernischen Verwaltungsjustizpraxis jedoch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil.⁸ Die Beschwerdeführerin hätte die prozessleitende Verfügungen daher nicht selbständig, sondern nur zusammen mit dem Endentscheid anfechten können (Art. 61 Abs. 3 VRPG). Dass die Vorinstanz den Antrag auf Durchführung eines Augenscheins nicht in einer separaten Verfügung, sondern erst im Endentscheid behandelte, schadet daher nicht. Dadurch sind der Beschwerdeführerin keine Nachteile entstanden.

d) Im angefochtenen Entscheid hielt die Vorinstanz fest, dass die Baubewilligungsbehörde nach Art. 34 BewD⁹ eine Einigungsverhandlung durchführen könne. Weil die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften von Amtes wegen zu prüfen sei und im vorliegenden Baubewilligungsverfahren die entscheidrelevanten Fakten bekannt seien, verzichte die Vorinstanz auf die Durchführung einer solchen Verhandlung. Damit zeigte die Vorinstanz genügend auf, weshalb sie auf die Durchführung einer Einigungsverhandlung und eines Augenscheins verzichtete. Mit dem Hinweis, wonach im Baubewilligungsverfahren die entscheidrelevanten Fakten bekannt seien, legte sie ausserdem dar, warum sie von der Erhebung weiterer Beweise absah. Es kann der Vorinstanz somit nicht vorgeworfen werden, sie habe sich mit dem Prozessantrag der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht oder nicht genügend auseinandergesetzt. Die Vorinstanz war auch nicht gehalten, noch detaillierter darzulegen, weshalb sie keinen Augenschein und keine Einigungsverhandlung durchführte. Es war der Beschwerdeführerin somit möglich, den Entscheid der Vorinstanz sachgerecht anzufechten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz die Begründungspflicht nicht verletzt.

e) Die strittige Skulptur ist in den Plänen verständlich dargestellt und mit Fotografien gut dokumentiert, wie die Vorakten der Vorinstanz und der Gemeinde zeigen.¹⁰ Die Vorakten vermitteln so ein anschauliches und vollständiges Bild der Skulptur im Umfeld der näheren und weiteren Umgebung der Parzelle Nr. D._____. Hinzu kommt, dass sich für die Vorinstanz die Situation auf der Parzelle Nr. D._____ nicht neu präsentierte. Sie beschäftigte sich bereits im Baubewilligungsverfahren betreffend die zwei Villen

⁸ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 61 N. 5

⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁰ Vgl. Plan Kunstwerk "Tempi passati" vom 23. April 2018 mit zwei Fotografien; Plan Kunstwerk "Tempi passati" vom 10. Januar 2018 mit einer Fotografie in den Vorakten des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne; vgl. auch Fotos der Gemeinde in der Beilage vom 6. September 2018

"C._____" mit der Überbauung der Parzelle Nr. D._____. Dass die Vorinstanz bei dieser Sachlage gestützt auf eine antizipierte Beweiswürdigung davon ausging, dass die entscheiderelevanten Fakten bekannt seien und keinen Augenschein durchführte, ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör hat die Vorinstanz mit diesem Vorgehen nicht verletzt.¹¹ Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Verpflichtung zur vollständigen Abklärung des Sachverhalts und den Gehörsanspruch verletzt, geht daher fehl.

f) Nach Art. 34 Abs. 1 BewD kann die Baubewilligungsbehörde eine Einigungsverhandlung durchführen, sofern die Beteiligten nicht darauf verzichten. Ob eine Einigungsverhandlung durchgeführt wird oder nicht, bestimmt die Baubewilligungsbehörde. Ein Anspruch auf Durchführung einer Einigungsverhandlung besteht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht. Der Verzicht auf die Durchführung einer Einigungsverhandlung kann besonders dann sinnvoll sein, wenn die Aussicht auf eine Einigung äusserst gering ist. In ihrem Amtsbericht vom 27. März 2018 verneinte die Gemeinde Mörigen die Baubewilligungsfähigkeit der strittigen Skulptur. Sie beantragte die Erteilung des Bauabschlags und die Anordnung der Wiederherstellung. Dass das Regierungsstatthalteramt unter diesen Umständen eine Einigungsverhandlung zwischen der Gemeinde und der Beschwerdeführerin als nicht zielführend erachtete und auf deren Durchführung verzichtete, ist nachvollziehbar und rechtlich haltbar. Von einer Gehörsverletzung kann nicht gesprochen werden.

g) Aus den Erwägungen folgt, dass die Vorinstanz ihre Begründungspflicht nicht verletzte. Sie stellte den Sachverhalt vollständig fest und durfte aufgrund der klaren Aktenlage gestützt auf eine antizipierte Beweiswürdigung auf einen Augenschein verzichten. Ein Anspruch auf Durchführung einer Einigungsverhandlung besteht nicht. Das Eventualbegehren, den Entscheid aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, ist unbegründet und abzuweisen.

3. Grünzone

¹¹ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen

a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die im Zonenplan ausgeschiedene Grünzone auf den Parzellen Nr. D._____, Nr. F._____, Nr. G._____, Nr. H._____, Nr. I._____ und Nr. J._____ sei ein Relikt aus alten Zeiten und sei aufzuheben. Die Grünzone entlang des Waldes sei sinnlos, nicht zeitgemäss und beschränke ihr Eigentum. Die Festlegung der Grünzone auf ihrem Grundstück nehme gar die Intensität einer materiellen Enteignung an. Dafür fehle die gesetzliche Grundlage. Auch komme der in Art. 79 Abs. 1 BauG definierte Sinn und Zweck der Grünzone auf ihrem Grundstück nicht zum Tragen.

b) Es ist unbestritten, dass die Parzelle Nr. D._____ der Beschwerdeführerin gemäss dem geltenden Zonenplan¹² teilweise in der Grünzone liegt. Die Beschwerdeführerin hat die Parzelle Nr. D._____ nach der Ortsplanungsrevision im Jahr 2009 und somit in Kenntnis der zonenrechtlichen Nutzungsvorschriften erworben. Der Zonenplan der Gemeinde Mörigen legt als Nutzungsplan im Sinne des Bundesrechts für jedermann verbindlich und parzellenscharf die bauliche Nutzungsordnung fest (Art. 21 Abs. 1 RPG¹³).¹⁴ Die Nutzungsordnung konkretisiert weitgehend den Inhalt des Grundeigentums und versucht, die vielfältigen konkurrierenden Bodennutzungsformen möglichst zu harmonisieren und auf diese Weise eine sinnvolle Ausübung der Grundeigentümerbefugnisse zu ermöglichen. Unter Umständen kann damit eine empfindliche Eigentumsbeschränkung verbunden sein. Diese ist grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Die gesetzliche Grundlage für die Eigentumsbeschränkung durch die festgesetzte Grünzone auf der Parzelle Nr. D._____ ergibt sich im vorliegenden Fall aus dem kommunalen Zonenplan und dem Baureglement der Gemeinde, namentlich der Vorschrift von Art. 221 GBR¹⁵ in Verbindung mit Art. 79 BauG. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht, ist die Festsetzung der Grünzone zweckmässig und liegt auch im öffentlichen Interesse. Der Zonenplan der Gemeinde Mörigen stellt somit eine genügende gesetzliche Grundlage für die Eigentumsbeschränkung der Beschwerdeführerin dar. Diese Festlegung im kommunalen Zonenplan ist sowohl für Behörden wie auch für Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer verbindlich.

¹² Vgl. Zonenplan der Gemeinde Mörigen vom 17. November 2008 genehmigt durch das AGR am 5. Oktober 2009

¹³ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

¹⁴ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 57 N. 2

¹⁵ Baureglement der Gemeinde Mörigen vom 19. März 2009

c) Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, die Grünzone beschränke ihr Grundeigentum und nehme die Intensität einer materiellen Enteignung an, kann sie von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Eingriff eine materielle Enteignung bedeutet, wären die Verhältnisse im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft der infrage stehenden Planungsmassnahme massgebend. Nach dem Erläuterungsbericht zur Ortsplanungsrevision 2009 der Gemeinde Mörigen befand sich der Landstreifen der heutigen Grünzone ursprünglich in der Landwirtschaftszone.¹⁶ Zudem wären Ansprüche aus einer angeblichen materiellen Enteignung im Schätzungsverfahren geltend zu machen.¹⁷

d) Nicht eingetreten werden kann grundsätzlich auf die Forderung der Beschwerdeführerin, es sei die Grünzone aufzuheben. Nutzungsplänen kommt Planbeständigkeit zu und es besteht eine Gültigkeitsvermutung für die auferlegten Nutzungsbeschränkungen (Art. 21 Abs. 1 RPG).¹⁸ Im Baubewilligungsverfahren ist die akzessorische Prüfung von Nutzungsplänen in der Regel ebenfalls ausgeschlossen, wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse seit Planerlass nicht wesentlich geändert haben.¹⁹ Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt: Weder haben sich die tatsächlichen Verhältnisse noch die gesetzlichen Grundlagen verändert, die eine Aufhebung der Grünzone rechtfertigen würden. Der Landstreifen der heutigen Grünzone befand sich – wie erwähnt – ursprünglich in der Landwirtschaftszone. Um klare und sinnvolle Verhältnisse zwischen Baugebiet, Landwirtschaftszone und Wald zu schaffen, wurde dieser Streifen im Zuge der Ortsplanungsrevision der Grünzone zugewiesen.²⁰ Grünzonen am Siedlungsrand haben die Funktion der Siedlungsgestaltung. Sie unterstützen die Lesbarkeit des Raumes und fördern die Orientierung und Identifikation. Da sich die Siedlung vom offenen Landschaftsraum abhebt, ist der Rand gut wahrnehmbar und für das äussere Ortsbild prägend.

¹⁶ Vgl. Revision der Ortsplanung, Erläuterungsbericht vom 19. März 2009 der Gemeinde Mörigen S. 14

¹⁷ Art. 127 Abs. 1 BauG i.V.m. Art. 1 ff. EntG und Art. 130 BauG

¹⁸ BGE 127 I 103 E. 6b, mit weiteren Hinweisen

¹⁹ Vgl. BGE 135 II 209 E. 5.1, 131 II 103 E. 2.4.1; BVR 2005 S. 443 E. 5.5; VGE 2015/72 vom 1. September 2015 E. 1.2

²⁰ Vgl. Erläuterungsbericht vom 19. März 2009 der Gemeinde Mörigen S. 14

e) Vorliegend grenzt der rund 165 m lange und ca. 20 m breite Streifen der Grünzone den Wald im K._____ von der Wohnzone E1 am E._____weg ab. Ostseitig stösst die Grünzone zudem an ein Landschaftsschongebiet und westseitig an ein Landschaftsschongebiet mit gedeckten Intensivobstanlagen. Die Grünzone schafft hier eine klare Begrenzung zwischen Siedlungsgebiet und Landschaftsraum. Sie wertet so das Orts- und Landschaftsbild auf und prägt damit das äussere Ortsbild. Sie dient damit der Siedlungsgestaltung, wie die Fotos vom Augenschein zeigen.²¹ Es kann somit keine Rede davon sein, dass es sich bei der fraglichen Grünzone um ein Relikt aus alten Zeiten handle und der definierte Sinn und Zweck der Grünzone hier nicht zum Tragen komme. Die qualitätsvolle Gestaltung von Siedlungsrändern, besonders unter dem Gesichtspunkt der Siedlungsentwicklung nach innen, ist ein aktuelles Thema. Dies kommt in der "Arbeitshilfe Ortsbild", die das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) letztes Jahr publizierte, klar zum Ausdruck.²² In der Arbeitshilfe empfiehlt das AGR denn auch zu prüfen, ob zur Gestaltung von qualitätsvollen Siedlungsrändern Grünzonen auszuscheiden sind.²³ Ebenso fehlt die Argumentation der Beschwerdeführerin, der Waldabstand übernehme hier die Funktion der Grünzone. Die Einhaltung des Waldabstands dient nicht der Siedlungsgestaltung, sondern ist für die Walderhaltung wichtig. Für die Grünzone gelten denn auch andere Kriterien für die Ausnahmegewährung als für das Unterschreiten des Waldabstands. Für eine Aufhebung oder Änderung der Grünzone im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens bestehen somit entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin keine hinreichenden Gründe. Der Zonenplan der Gemeinde ist hinsichtlich der Grünzone rechtsbeständig und gemäss Art. 21 RPG verbindlich. Demzufolge sind in der Grünzone auf der Parzelle Nr. D._____ einzig Bauvorhaben gestattet, die den Vorschriften von Art. 221 GBR in Verbindung mit Art. 79 BauG entsprechen.

f) Anzumerken ist schliesslich, dass sich eine mögliche Aufhebung der Grünzone für die Beschwerdeführerin nicht zwingend positiv auswirken würde. Der Landstreifen der heutigen Grünzone lag früher in der Landwirtschaftszone. Im Falle einer Aufhebung müsste der fragliche Landstreifen wohl wieder der Landwirtschaftszone zugewiesen werden. Folglich wären Bauvorhaben in diesem Landstreifen nur noch zulässig, wenn sie zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig wären

²¹ Vgl. Foto Nr. 13 und Nr. 15 der Fotodokumentation zum Augenscheinprotokoll vom 18. Februar 2019

²² Vgl. www.jgk.be.ch / Raumplanung / Siedlungsentwicklung nach innen / Siedlungsqualität Arbeitshilfe Ortsbild

²³ Vgl. S. 24 der Arbeitshilfe Ortsbild des AGR Januar 2018 (abrufbar unter www.jgk.be.ch / Arbeitshilfen für die Ortsplanung / SE in: Siedlungsqualität - Ortsbild / Arbeitshilfe Ortsbild

und der bodenabhängigen, gewinn- und ertragsorientierten Produktion verwertbarer Erzeugnisse aus Pflanzenbau und Nutztierhaltung sowie der Bewirtschaftung naturnaher Flächen dienen würden (Art. 16a RPG). Dass die fragliche Skulptur landwirtschaftlichen Zwecken dient, macht die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend.

4. Anwendbares Recht

a) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, es sei unklar, ob die Grünzone auf den Grundstücken im privaten Eigentum entlang des Waldes bei der Revision des Zonenplans und des Baureglements im Jahr 2020 aufgehoben oder geändert werde. Auch dies könne bei der Sachverhaltsermittlung und der Vervollständigung des Beweisverfahrens noch nachgeholt werden.

b) Soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt, sind Bauvorhaben gemäss Art. 36 Abs. 1 BauG nach dem zur Zeit der Einreichung des Baugesuchs geltenden Recht zu beurteilen. Hat aber im Zeitpunkt der Einreichung des Baugesuchs bereits neues Recht öffentlich aufgelegt, so entfaltet dieses Vorwirkung und ist für die Gesuchstellerin bzw. den Gesuchsteller oder Beschwerdeführerin bzw. Beschwerdeführer das anwendbare Recht, falls es in Kraft tritt.²⁴ Neues Recht ist zudem stets dann anzuwenden, wenn es für die gesuchstellende Person günstiger ist, d.h. wenn das Gesuch in einem neu anzuhebenden Verfahren zu bewilligen wäre.²⁵

c) Am Augenschein führte der Vertreter der Gemeinde aus, die Gemeinde sei verpflichtet, ihr Baureglement an die Verordnung über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV²⁶) anzupassen. Es werde in einer Arbeitsgruppe an einem Entwurf gearbeitet. Bisher sei jedoch noch kein öffentliches Mitwirkungsverfahren durchgeführt worden.²⁷ Im Zeitpunkt der Einreichung des Baugesuchs lag die Ortsplanungsrevision 2020 somit noch nicht öffentlich auf. Sie kann folglich für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Skulptur noch keine Vorwirkung entfalten. Zwischenzeitlich sind die Unterlagen der Teilrevision der Ortsplanung vom 15. April bis am 24. Mai 2019 öffentlich aufgelegt worden, wie aus dem Bericht zur Mitwirkung vom 4. Juli 2019 zur Teilrevision der Ortsplanung hervorgeht.²⁸ Die Aufhebung der fraglichen Grünzone ist nicht Gegenstand dieser Teilrevision. Die Bedenken der Beschwerdeführerin, wonach unklar sei, ob die Grünzone mit der Revision des Zonenplans aufgehoben oder geändert werde, sind daher

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 36 N. 1

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 36 N. 2a Bst. d

²⁶ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

²⁷ Vgl. Augenscheinprotokoll vom 18. Februar 2019, S. 5 oben, Votum N. _____

²⁸ Vgl. <https://www.moerigen.ch/> Aktuelles / Mitwirkungsbericht Teilrevision Ortsplanung

unbegründet. Entgegen den Anträgen der Beschwerdeführerin besteht kein Anlass für die Vornahme von weiteren Abklärungen. Für die Parzelle Nr. D._____ gelten die Regelungen gemäss dem Zonenplan aus dem Jahr 2009 sowie das Baureglement der Gemeinde. Auch in diesem Punkt ist die Beschwerde unbegründet.

5. Vereinbarkeit der Skulptur mit dem Zweck der Grünzone

a) Im angefochtenen Entscheid führte die Vorinstanz aus, das Kunstwerk befinde sich in einer Grünzone. Diese diene als Trennstreifen zwischen Wohngebiet und Erholungsraum und stelle den Übergang des Siedlungsgebiets zu den Grünräumen als wichtige Ortsansicht sicher. Die Vorinstanz verweigerte die Baubewilligung, weil in der Grünzone nur unterirdische Bauten sowie Bauten, die für die Pflege der Grünzone nötig sind, gestattet sind. Auch wenn das Bauvorhaben offen und transparent sei sowie mit Kletterpflanzen begrünt werden könne, werde die Grünzone durch einen gesetzeswidrigen Bau beeinträchtigt.

b) Die Beschwerdeführerin bringt vor, es handle sich beim Kunstwerk um ein Gestaltungselement im Garten. Das Kunstwerk werde mit Pflanzen begrünt werden. Damit werde dem Erfordernis der Begrünung genügend Rechnung getragen. Es sei allseitig offen und werde mit blühenden Pflanzen bewachsen und begrünt. Damit füge es sich sehr schön in die Natur und die Umgebung ein. Die Vorinstanz habe unrichtig festgestellt, dass das Gebäude "Tempi Passati" als repräsentativer Gartensitzplatz verwendbar sei. Effektiv handle es sich nicht um Stühle mit Sitzgelegenheiten, diese seien rein dekorativ. Überdies sei die temporäre Platzierung von Stühlen mit Sitzgelegenheiten, Tischen und Liegestühlen in der Grünzone nicht verboten. Zudem wäre sie berechtigt, in der Grünzone anstelle des Kunstwerks "Tempi Passati" einen Geräteschuppen oder sogar ohne Baubewilligung eine Reihe von hochstämmigen Waldbäumen und Sträuchern zu pflanzen, die die Aussicht für Spaziergänger vom Waldrand her völlig verdecken würden.

c) Nach Art. 221 GBR sind Grünzonen Freihaltezonen im Sinne von Art. 79 BauG. Gemäss Art. 79 Abs. 1 BauG gliedern Grünzonen (Grünflächen) die Siedlung, halten im Orts-innern Grünräume frei, dienen dem Umgebungsschutz von Baudenkmälern sowie der Freihaltung wichtiger Ortsansichten und Aussichtslogen. Gemäss Art. 79 Abs. 2 BauG sind auf dem als Grünzone ausgeschiedenen Land nur unterirdische Bauten gestattet sowie

Bauten, die für die Pflege der Grünzone nötig sind; sie dürfen den Zweck der Grünzone nicht beeinträchtigen.

d) Nach den Feststellungen am Augenschein umfasst die Skulptur eine befestigte Bodenfläche von rund 30 m². Die Bodenfläche besteht aus quadratischen Bodenplatten, einer Kiesschicht und einem Betonfundament. Auf der befestigten Bodenfläche befinden sich acht ca. 3 m hohe Granitsäulen. Auf den Säulen aufgestützt ist ein Ring aus Granit. Darauf befestigt ist das kuppelförmige Gerippe aus Metall. Die Gesamthöhe der Skulptur beträgt gemäss den Plänen 6.20 m. Am Augenschein wurde zudem festgestellt, dass für die indirekte Beleuchtung der Skulptur neben den Granitsäulen Spotlampen installiert wurden.²⁹

e) Dass sich die Skulptur in der Grünzone befindet, bestreitet die Beschwerdeführerin zu Recht nicht. Aus der Erwägung 3 d folgt, dass die Grünzone hier eine klare Begrenzung zwischen Siedlungsgebiet und Landschaftsraum schafft und ihr damit die Funktion der Siedlungsgestaltung zukommt. Diesem Zweck entspricht die über 6 m hohe Skulptur nicht. Sie wird aufgrund ihrer Dimensionen und flächenmässigen Ausdehnung in der Grünzone als eigenständiges raumbildendes Element wahrgenommen, das sofort ins Auge springt. Diese Wirkung wird durch den fehlenden räumlichen Bezug zur Hauptbaute noch verstärkt. Damit widerspricht die Skulptur dem Sinn und Zweck der Grünzone. Sie beeinträchtigt den Trennstreifen zwischen der Siedlung und der offenen Landschaft bzw. dem Wald. Dies wirkt sich störend auf das äussere Ortsbild aus, zumal sich ostseitig in unmittelbarer Nähe der Parzelle eine offene Kulturlandschaft im Landschaftsschongebiet befindet. Hinzu kommt, dass die Skulptur indirekt mit Spotlampen an den Sockeln der Granitsäulen beleuchtet werden kann. Dies ist in der Grünzone fremd und mit dem Zweck der Grünzone ebenfalls nicht vereinbar. Die Einschätzung der Vorinstanz und der Gemeinde, wonach die strittige Skulptur dem Zweck der Grünzone nach Art. 79 Abs. 1 BauG nicht entspricht, ist aus rechtlicher Sicht vollkommen korrekt und nicht zu beanstanden. Die Begrünung der Säulen mit Kletterpflanzen ändert daran nichts. Die strittige Skulptur wird in der Grünzone aufgrund ihrer Dimensionen als fremdes, eigenständiges und raumbildendes Element wahrgenommen. Auch ist die Skulptur weder zur Pflege der Grünzone nötig noch handelt es sich um eine Anlage der Gartengestaltung in ortsüblicher Art, wie Gartenwege, Mauern

²⁹ Vgl. Foto Nr. 7 der Fotodokumentation zum Augenscheinprotokoll vom 18. Februar 2019

oder Teiche.³⁰ Nicht massgeblich ist ausserdem, ob die Skulptur als repräsentativer Gartensitzplatz verwendbar ist oder nicht. Entscheidend ist, dass die strittige Skulptur mit den Vorschriften der Grünzone nicht vereinbar ist bzw. dem Zweck der Grünzone nicht dient. Nicht gehört werden kann schliesslich das Argument der Beschwerdeführerin, sie wäre berechtigt, in der Grünzone anstelle des Kunstwerks "Tempi Passati" einen Geräteschuppen zu erstellen oder sogar eine Reihe von hochstämmigen Waldbäumen und Sträuchern zu pflanzen. Gegenstand des Baugesuchs der Beschwerdeführerin ist im vorliegenden Fall weder ein Geräteschuppen noch die Pflanzung von hochstämmigen Waldbäumen.

6. Ausnahmegewilligung nach Art. 26 und Art. 28 BauG

a) Es steht nach dem Gesagten fest, dass die fragliche Skulptur gestützt auf die Vorschriften von Art. 221 GBR in Verbindung mit Art. 79 BauG innerhalb der Grünzone nicht zulässig ist. Die Beschwerdeführerin stellte in ihren Rechtsschriften die Baubewilligungspflicht der strittigen Skulptur zu Recht nicht infrage. So reichte sie am 12. Januar 2018 bei der Gemeinde nachträglich ein Baugesuch ein und beantragte die Erteilung einer Ausnahme von Art. 221 GBR in Verbindung mit Art. 79 BauG zum Erstellen einer Baute in der Grünzone.³¹

b) Im angefochtenen Entscheid hielt die Vorinstanz fest, aus den Erwägungen im Entscheid ergebe sich, dass die Voraussetzungen für die Ausnahmegewilligung nicht erfüllt seien. Eine Ausnahme von Art. 221 GBR in Verbindung mit Art. 79 BauG könne nicht erteilt werden. Einzig die betonierte Bodenplatte könne als baubewilligungsfreie, unterirdische Baute gestattet werden.

c) Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme nach Art. 26 oder Art. 28 BauG seien erfüllt. Es könne bereits eine erleichterte Ausnahmegewilligung nach Art. 28 BauG erteilt werden. Wesentliche nachbarrechtliche Interessen seien nicht verletzt. Sämtliche Nachbarn hätten ihre Zustimmung zum Bau der Skulptur erteilt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz werde

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 79 N. 2

³¹ Vgl. pag. 4 der Vorakten des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne

das Kunstwerk nicht als Fremdkörper in der Grünzone und dem angrenzenden Landschaftsschongebiet wahrgenommen. Es sei überdies nicht ersichtlich, worin der Schutz der Siedlungsgestaltung bestehen soll. Weiter sieht die Beschwerdeführerin die besonderen Verhältnisse nach Art. 26 BauG darin, dass hier ein lichtdurchflutetes, teilweise begrüntes Vorhaben anstelle eines geschlossenen Geräteschuppens mit denselben Dimensionen zur Diskussion stehe.

d) In der Stellungnahme vom 6. September 2018 führte die Gemeinde aus, die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sei davon abhängig, ob öffentliche Interessen beeinträchtigt seien. Die Siedlungsgestaltung sei ein wichtiges öffentliches Interesse und dürfe nicht durch schleichende Überbauung von zonenfremden Bauten legitimiert werden. Die Beschwerdeführerin weise zudem kein genügendes Interesse nach, das die Erteilung einer Ausnahme rechtfertigen würde.

e) Art. 28 Abs. 1 BauG erlaubt die Erstellung kleiner und leicht entfernbarer Bauten und Anlagen in Abweichung von Bauvorschriften auf Zusehen hin, wenn der Bauherr ein genügendes Interesse nachweist, weder öffentliche noch nachbarliche Interessen beeinträchtigt werden und bei Bauten an Gewässern oder Wald die dafür zuständige Behörde zugestimmt hat. Hauptsächlich Anwendungsfall der Bestimmung ist das Bauen in Unterschreitung des geltenden Bauabstands, besonders an Strassen. Als klein gelten nach der Praxis Bauten, die die Dimensionen gemäss Art. 12 Abs. 3 NBRD³² nicht wesentlich überschreiten (Grundfläche 60 m², Gebäudehöhe 4 m). Darunter fallen z.B. Gartenhäuschen, Kioske oder Einzelgaragen.³³ Technisch leicht entfernbar sind dabei Bauten, die ohne besonderen Aufwand beseitigt werden können, also nicht fest mit dem Boden verbunden sind, wie dies bei Fahrnisbauten der Fall ist. Beide Kriterien, d.h. klein und leicht entfernbar, müssen kumulativ erfüllt sein.³⁴ Ausserdem kann gestützt auf Art. 28 Abs. 1 Bst. a BauG eine Ausnahmegewilligung auf Zusehen hin nur erteilt werden, wenn ein genügendes Interesse des Bauherrn vorliegt und dieser nicht ebenso gut vorschriftsgemäss bauen kann. Die Ausnahme ist sodann zu verweigern, wenn ihre Bewilligung mit Unzukömmlichkeiten für die Öffentlichkeit oder für einen Nachbarn verbunden wäre (Art. 28 Abs. 1 Bst. b BauG). Die entgegenstehenden Interessen brauchen

³² Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13)

³³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, 3. Aufl. Band I, Bern 2007, Art. 28 N. 2.

³⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 28 N. 2 und 2a

dabei nicht besonders gewichtig zu sein; immerhin vermögen nebensächliche oder nur vorgeschobene "Interessen" eine Ausnahmeverweigerung nicht zu rechtfertigen.³⁵

f) Es ist hier fraglich, ob die strittige Skulptur die beiden Kriterien "klein" und "leicht entfernbar" erfüllt und als Kleinbaute mittels einer Ausnahmegewilligung nach Art. 28 BauG bewilligt werden könnte. Die Gesamthöhe der Skulptur beträgt 6.20 m. Sie überragt die Höhe von 4 m, wonach Bauten noch als klein gelten, um 2.20 m. Die Skulptur umfasst ausserdem ein 25 cm dickes Betonfundament, acht Granitsäulen, einen Ring aus Granit sowie ein kuppelförmiges Gerippe aus Metall. Das Gewicht dieser Bauteile ist gross. Hinzu kommt, dass namentlich das Betonfundament, in welchem Armierungseisen eingelegt wurden, fest mit dem Boden verbunden ist.³⁶ Aber selbst wenn es sich bei der Skulptur um eine Kleinbaute im Sinn von Art. 28 BauG handeln würde, wären die weiteren Voraussetzungen für eine Ausnahme nicht erfüllt. Es besteht auf der Bauparzelle genügend Platz, um Bauten ausserhalb der Grünzone zu erstellen. Unter diesen Umständen ist das genügende Interesse der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 28 Abs. 1 Bst. a BauG, in der Grünzone ausnahmeweise eine Skulptur zu erstellen, zu verneinen. Der Skulptur stehen ausserdem konkrete raumplanerische und somit öffentliche Interessen entgegen. Sie verwischt am heutigen Standort durch ihre mächtige Erscheinung die Grenze zwischen dem bestehenden Wohngebiet, der ostseitig offenen Kulturlandschaft im Landschaftsschongebiet und dem südlich liegenden Wald. Dies beeinträchtigt das äussere Ortsbild. Die Beurteilung der Gemeinde und der Vorinstanz, die die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme nach Art. 28 BauG als nicht gegeben erachteten, ist nicht zu beanstanden. Dass die Nachbarn die Baute nicht ablehnen ändert nichts daran, dass der Baute öffentliche Interessen entgegenstehen und die Ausnahmegewilligung somit verweigert werden muss.

g) Ebenso ausser Betracht fällt eine Ausnahme nach Art. 26 Abs. 1 BauG. Danach können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften gewährt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen. Im vorliegenden Fall sind keine besonderen Verhältnisse im Sinne von Art. 26 BauG

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 28 N. 3

³⁶ Vgl. Rechnung L. _____ Bauunternehmung AG vom 5. September 2017 als Beilage zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 11. März 2019

ersichtlich, die eine Ausnahme von Art. 221 GBR in Verbindung mit Art. 79 BauG rechtfertigen würde. Die Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG steht nicht dafür zur Verfügung, eine Ideallösung zu verwirklichen, sondern nur um Besonderheiten des Bauvorhabens oder des Baugrundstücks gerecht zu werden und ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden. Weder sind Besonderheiten des Bauvorhabens oder des Baugrundstücks gegeben noch liegen solche Unbilligkeiten oder Unzweckmässigkeiten vor. Der Umstand, dass hier eine lichtdurchflutete, teilweise begrünte Baute zur Diskussion steht, stellt kein genügender Ausnahmegrund im Sinn von Art. 26 BauG dar. Alleine der Wunsch, ein Grundstück über das von der Baugesetzgebung erlaubte Mass hinaus zu nutzen, vermag von vorneherein keine besonderen Verhältnisse zu begründen. Dass am selben Standort in der Grünzone ein Gartenhaus in denselben Dimensionen rechtmässig errichtet werden könnte, ist fraglich und zudem weder erstellt noch belegt. Der strittigen Skulptur stehen zudem wie erwähnt ohnehin wichtige öffentliche Interessen entgegen. Diese überwiegen die privaten Interessen der Beschwerdeführerin klar. Die Vorinstanz verweigerte die Ausnahme nach Art. 26 und Art. 28 BauG zu Recht.

h) Nichts ableiten kann die Beschwerdeführerin schliesslich aus der Tatsache, dass das Amt für Wald des Kantons Bern (KAWA) die Zustimmung zur Unterschreitung des Waldabstands erteilt hat. Die zuständigen kantonalen Behörden für den Wald stellen generell weniger strenge Anforderungen an die "besonderen Verhältnisse" nach Art. 26 Abs. 1 KWaG³⁷ als dies die Praxis bei Art. 26 BauG verlangt.³⁸ Auch gelten für die Ausnahmegewährung nach Art. 26 BauG andere Kriterien als für das Unterschreiten des Waldabstands.

7. Bodenplatte und Beleuchtungseinrichtung

a) Den Akten zufolge ordnete die Gemeinde Mörigen bereits mit Wiederherstellungsverfügung vom 14. Dezember 2017 die vollständige Entfernung der pavillonartigen Skulptur an, d.h. einschliesslich der betonierten Bodenplatte. Zusätzlich verlangte die Gemeinde, es sei die Humusschicht wieder zu begrünen. Die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde wurde durch das nachträglich eingereichte

³⁷ Kantonales Waldgesetz vom 5. Mai 1997 (KWaG; BSG 921.11)

³⁸ Vgl. BVR 2003 S. 257 E. 10d, mit Hinweisen; VGE 20894 vom 5. Oktober 2000

Baugesuch, für dessen Beurteilung die Vor-Instanz zuständige Baubewilligungsbehörde war, hinfällig.

b) In Ziffer 4.2 des Entscheiddispositivs verfügte die Vorinstanz, dass der Bauherrschaft für das eingangs umschriebene bereits erstellte Bauvorhaben der Bauabschlag erteilt werde. In Ziffer 3.3 des angefochtenen Entscheids hielt die Vorinstanz dabei fest, die betonierte Bodenplatte könne als baubewilligungsfreie, unterirdische Baute gestattet werden. In der Stellungnahme vom 8. Oktober 2018 vertrat die Vorinstanz wiederum die Auffassung, die betonierte Bodenplatte entspreche den Nutzungsbestimmungen der Grünzone. In dieser seien Anlagen der Gartengestaltung wie Gartenwege, Mauern, Teiche in ortsüblicher Art zugelassen. Mit der betonierten Bodenplatte werde der Zweck der Grünzone nicht beeinträchtigt. Auch die Beschwerdeführerin stellte sich in der Stellungnahme vom 10. Oktober 2018 auf den Standpunkt, die Bodenplatte sei zonenkonform.

c) Die Gemeinde Mörigen stellte in der Stellungnahme vom 6. September 2019 den Antrag, es sei auch die Bodenplatte zu entfernen und die Bodenfläche wieder zu begrünen. Zur Frage der Rechtmässigkeit der Bodenplatte hielt die Gemeinde mit Schreiben vom 26. September 2018 zudem fest, deren Fläche sei von der Grösse her geeignet, als Gartensitzplatz genutzt zu werden. Dazu könne problemlos ein grosser Sonnenschirm oder eine Fahrnisbaute, wie beispielsweise ein Zelt, aufgestellt werden. Dadurch sei der Zweck der Grünzone mit der Nutzung als Gartensitzplatz erneut infrage gestellt. Ein Gartensitzplatz werde in der Regel intensiver genutzt als die übrige Gartengestaltung. Der Wert der Grünzone, die sich über 160 m erstrecke, werde durch schleichende Übernutzung stark vermindert. Zudem sei das Erfordernis einer natürlichen Begrünung nicht erfüllt. Die Nutzungsart als Gartensitzplatz in dieser Dimension sei geeignet, den Zweck der Grünzone zu beeinträchtigen.

d) Nach den Feststellungen am Augenschein ist die fragliche Bodenplatte wie folgt aufgebaut: Auf der obersten, sichtbaren Schicht der Bodenplatte wurden quadratische Gartenplatten verlegt.³⁹ Darunter befinden sich eine Kiesschicht und ein rund 25 cm dickes Betonfundament, in welchem Armierungseisen eingebaut wurden. Auf dieser Bodenplatte abgestützt sind acht Granitsäulen, ein Ring aus Granit sowie ein kuppelförmiges Gerippe

³⁹ Vgl. Foto Nr. 6 und 7 der Fotodokumentation zum Augenscheinprotokoll vom 18. Februar 2019

aus Metall. Dieser Sachverhalt deckt sich im Wesentlichen mit den Darstellungen gemäss dem Projektplan vom 10. Januar 2018. Darin ist die Bodenplatte ebenfalls eingezeichnet, womit diese Bestandteil der Skulptur und somit Gegenstand des nachträglichen Baugesuchs ist. Die Bodenplatte ist fraglos Grundvoraussetzung für die Standsicherheit der strittigen Skulptur und somit ein wichtiges Bauelement. Dass die Vorinstanz die Bodenplatte losgelöst von der Skulptur als baubewilligungsfreie, unterirdische Baute beurteilte, ist unter diesen Umständen nicht nachvollziehbar. Dazu kommt, dass Bauten und Anlagen, die den Wald betreffen – wie dies hier der Fall ist –, nach Art. 7 Abs. 2 BewD so oder anders der Baubewilligungspflicht unterstehen. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Bodenplatte als baubewilligungsfreie Baute gestattet werden könne, ist rechtlich nicht haltbar. Zur Skulptur gehört ausserdem die Beleuchtung, wie sich am Augenschein herausstellte. Mittels Spotlampen, die ebenerdig neben den acht Granitsockeln platziert wurden, wird die Skulptur indirekt beleuchtet. Am östlichen Rand der Bodenplatte befindet sich zudem ein Schacht, in dem sich die Beleuchtungstechnik befindet. Dieser ist auf der Fotografie im Projektplan vom 10. Januar 2018 ebenfalls abgebildet und folglich ebenso Gegenstand des nachträglichen Baugesuchs.

e) Nach den Gesuchsunterlagen und den Feststellungen am Augenschein umfasst die bereits erstellte Skulptur folglich auch die Bodenplatte und die Beleuchtungseinrichtung. Die strittige Skulptur ist, wie aus den Erwägungen 5 und 6 folgt, mit dem Zweck der Grünzone nicht vereinbar und es kann dafür auch keine Ausnahme erteilt werden. Dies gilt auch für die Bodenplatte und die Beleuchtungseinrichtung, selbst wenn deren Vereinbarkeit mit der Grünzone losgelöst von den übrigen Bauteilen der Skulptur geprüft würde. Diese Elemente sind weder für die Pflege der Grünzone nötig, noch handelt es sich dabei um Einrichtungen oder Anlagen der Gartengestaltung in ortsüblicher Art. Ebenso erfüllen sie das Erfordernis der natürlichen Begrünung nicht. Eine versiegelte Fläche von 30 m² mit einem massiven Unterbau sowie eine Beleuchtungsinstallation widersprechen dem Sinn und Zweck der Grünzone. Der Boden in dieser Zone ist vielmehr als grüne Fläche zu erhalten oder anzulegen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz handelt es sich bei der Bodenplatte auch nicht um eine unterirdische Baute, wie beispielsweise eine Zivilschutzanlage oder Einstellhalle. Die Bodenplatte ist sichtbar und vermindert augenfällig den Wert der Grünzone, die die Gemeinde Mörigen im Zonenplan zum Schutz der Siedlungsgestaltung ausgeschieden hat. Die Argumentation der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin, wonach mit der Bodenplatte der Zweck der Grünzone nicht beeinträchtigt werde, geht somit fehl. Gründe, die eine Ausnahme rechtfertigen würden,

werden von der Beschwerdeführerin weder konkret geltend gemacht noch sind solche ersichtlich (vgl. Erwägung 6).

f) Die Sichtweise der Vorinstanz, wonach die Bodenplatte den Zweck der Grünzone nicht beeinträchtigt, würde auch vor der verfassungsrechtlich verankerten Gemeindeautonomie nicht standhalten. Bei der Festlegung der Nutzungsordnung kommt den Gemeinden gestützt auf die Verfassung eine Autonomie zu, die ihnen einen möglichst weiten Handlungsspielraum gewährt. Sie bestimmen im Rahmen des übergeordneten Rechts, welche von mehreren gesetz- und zweckmässigen Planungslösungen zu wählen ist (Art. 65 Abs. 1 BauG). Dieser Kompetenz ist auch bei der Auslegung und Anwendung der Nutzungsvorschriften Rechnung zu tragen. Dies gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch dann, wenn die Gemeinde wie hier nicht selber Baubewilligungsbehörde ist, sondern sich als Verfahrensbeteiligte auf die entsprechende Auslegung beruft.⁴⁰ Wird die Anwendung einer solchen Bestimmung Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens, haben die Rechtsmittelinstanzen zu prüfen, ob die Auslegung durch die Gemeinde rechtlich haltbar ist. Sie auferlegen sich mit andern Worten eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Auffassung der Gemeinde, indem sie sich der Prüfung enthalten, ob eine andere Bedeutung der umstrittenen Bestimmung ebenfalls möglich und rechtlich vertretbar wäre.⁴¹ Soweit die Beschwerdeführerin argumentiert, die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid rechtsverbindlich festgestellt, dass die unterirdische, betonierte Bodenplatte zonenkonform sei und nicht entfernt werden müsse, kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten.

g) Die Rechtsauffassung der Gemeinde, wonach die Bodenplatte den Zweck der Grünzone beeinträchtigt, ist nach dem Gesagten sachlich vertretbar und rechtlich haltbar. Als Zwischenergebnis steht somit fest, dass die strittige Skulptur am betreffenden Standort einschliesslich der Bodenplatte und der Beleuchtungseinrichtung nicht bewilligungsfähig ist. Ziffer 4.2 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids wird dementsprechend ergänzt. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

⁴⁰ Vgl. BGer 1C_484/2016 vom 28. Juni 2017 E. 2.1.2; VGE 2018/332 vom 26. März 2019 E. 4.1; BVR 2019 S. 51 E. 6.2

⁴¹ Vgl. BVR 2019 S. 15 E. 3.2, 2016 S. 79 E. 4.6, 2015 S. 263 E. 5.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 9/10 N. 5, je mit Hinweisen

8. Gebot der Rechtsgleichheit

a) Die Beschwerdeführerin kritisiert in den Schlussbemerkungen besonders, die Baubewilligungsbehörde Mörigen behandle Baugesuche in der Grünzone von verschiedenen Nachbarn nicht rechtsgleich. Die Gemeinde Mörigen habe während dem hängigen Beschwerdeverfahren auf der Parzelle Nr. J._____ eine Baute in der Grünzone bewilligt, ohne Einhaltung des gesetzlichen Waldabstands und ohne dass das KAWA dafür eine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Waldabstands von 30 m erteilt habe. Es sei zudem offensichtlich, dass es sich bei der Baute nicht um ein Gerätehaus handle, wo Gartenwerkzeug zur Pflege des Grünbereichs gelagert werde, sondern um ein luxuriöses Gartenhaus für den Aufenthalt von Menschen. Auch habe die Gemeinde im Rahmen der Bauabnahme nicht kontrolliert und festgehalten, was sich tatsächlich im Innern des Gartenhauses befinde und davon auch keine Fotos erstellt. Zudem befänden sich auf den Nachbarparzellen Nr. I._____ zwei Gebäude in der Grünzone. Die Baupolizeibehörde habe diesbezüglich keine Baukontrollen vorgenommen, was ebenfalls eine rechtsungleiche Behandlung darstelle.

b) Das Gebot der Rechtsgleichheit verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (Art. 8 Abs. 1 BV⁴²; Art. 10 Abs. 1 KV⁴³). Eine Behörde verletzt das Gleichbehandlungsgebot dann, wenn sie zwei tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt.⁴⁴

c) Es ist aktenkundig, dass die Gemeinde Mörigen mit Entscheid vom 19. Dezember 2018 auf der Parzelle Nr. J._____ einen gedeckten Unterstand innerhalb der Grünzone ohne Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des gesetzlichen Waldabstands bewilligte. Der Geräteschuppen darf gemäss einer Auflage ausschliesslich zur Pflege der Grünzone genutzt werden.⁴⁵ Eine Nebenbestimmung zur Baubewilligung verpflichtet die Bauherrschaft ausserdem, allfällige Änderungen gegenüber dem bewilligten Projekt der Baupolizeibehörde Mörigen mit entsprechendem Gesuch zu melden. Am fraglichen

⁴² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁴³ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

⁴⁴ Vgl. BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen

⁴⁵ Vgl. Dossier Baugesuchsakten betreffend Parzelle Nr. 707 (Sanierung des Geräteschuppens) als Beilage zum Schreiben vom 7. März 2019

Standort bestand bereits ein Geräteschuppen, wie aus dem Zonenplan hervorgeht. Dieser wurde 1992 erstellt. Der sanierte und bewilligte Geräteschuppen umfasst eine gedeckte Fläche von rund 16 m², wovon die Hälfte offen ist. Die giebelseitige Fassadenhöhe des Geräteschuppens beträgt rund 3.35 m. Der Geräteschuppen dient gemäss der Umschreibung im Baugesuchsformular der Aufbewahrung von Gartenwerkzeug und als Unterstand für den Gartentraktor.

d) Im Gegensatz zum Geräteschuppen auf der Parzelle Nr. J._____ wurde die strittige Skulptur nach den Akten auf der Parzelle Nr. D._____ neu erstellt. Die Skulptur hat zudem weit grössere Dimensionen als der fragliche Geräteschuppen. Dazu kommt, dass der Geräteschuppen ausschliesslich zur Pflege der Grünzone bewilligt wurde. Aufgrund dieser unterschiedlichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zwischen dem Geräteschuppen und der strittigen Skulptur kann die Beschwerdeführerin aus dem Gleichbehandlungsgebot von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vielmehr bestehen sachliche und vertretbare Gründe, die strittige Skulptur der Beschwerdeführerin anders zu behandeln als die Baute auf der Parzelle Nr. J._____. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der gesetzliche Waldabstand nach Art. 34 Abs. 1 Bst. a KWaV⁴⁶ nicht gilt für Umbauten, Renovationen, Installationen im Gebäudeinnern sowie Anbauten, sofern der Waldabstand dadurch nicht verringert wird, der Zugang zum Wald nicht erschwert und die Zweckbestimmung des Gebäudes nicht verändert wird. Es ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde den fraglichen Geräteschuppen auf der Parzelle Nr. J._____, der ausschliesslich der Pflege der Grünzone dienen soll, ohne Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Waldabstands bewilligte. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ist darin nicht zu erkennen. Weitere Baubewilligungen erteilte die Gemeinde entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin in der fraglichen Grünzone nicht.

e) Mit Blick auf den Vollzug der Zonenvorschriften führte der Vertreter der Gemeinde am Augenschein aus, dass in der Grünzone nur Bauten zulässig seien, die dem Unterhalt der Grünzone dienten. Dies werde von der Gemeinde kontrolliert und durchgesetzt.⁴⁷ Was nicht dem Zweck der Grünzone diene, müsse zurückgebaut werden. Nach den Akten führte die Gemeinde am 19. März 2019 auf der Parzelle Nr. J._____ eine Baukontrolle

⁴⁶ Kantonale Waldverordnung vom 29. Oktober 1997 (KWaV; BSG 921.111)

⁴⁷ Vgl. Augenscheinprotokoll vom 18. Februar 2019 S. 7 unten, Vista Lago

durch. Im Anschluss an diese Kontrolle teilte die Gemeinde der Eigentümerschaft der Parzelle Nr. J. _____ mit Schreiben vom 26. März 2019 unter anderem Folgendes mit:

"Wir können Ihnen bestätigen, dass die baulichen Vorkehrungen bis auf folgenden Punkt den bewilligten Plänen sowie den Auflagen und Nebenbestimmungen der Baubewilligung eingehalten sind:

- Alle Rahmen für die Verglasung sind von der Holzkonstruktion zu entfernen.

Wir bitten Sie, die Erledigung der oben erwähnten Mängel bis am 16. April 2019 bei der Gemeindeverwaltung zu melden."

f) Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Baupolizeibehörde sei nicht bereit, die Baute auf der Parzelle Nr. J. _____ genau zu kontrollieren und mit ihrer Baute auf dem Nachbargrundstück in derselben Grünzone rechtsgleich zu behandeln, verfängt nach dem Gesagten nicht. Die Gemeinde führte auf der Parzelle Nr. J. _____ eine Baukontrolle durch und forderte die Eigentümer auf, den festgestellten Mangel zu beheben. Ihre Feststellungen anlässlich der Kontrolle hielt die Gemeinde im Schreiben vom 26. März 2019 fest. Einen Verstoss gegen die Auflage, wonach der Geräteschuppen ausschliesslich zur Pflege der Grünzone genutzt werden darf, stellt die Gemeinde nicht fest. Es war unter diesen Umständen auch nicht nötig, vom Innern des Gartenhauses Fotos zu erstellen. Dass die Gemeinde die Einhaltung der Zonenvorschriften nicht ernsthaft kontrolliert und durchsetzt, kann somit nicht gesagt werden. Die Beschwerdeführerin stösst demzufolge auch mit der Kritik, es handle sich beim Geräteschuppen um ein luxuriöses Gartenhaus, ins Leere. Im Vorgehen der Gemeinde kann entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin keine rechtsungleiche Behandlung gesehen werden.

g) Weiter rügt die Beschwerdeführerin, auf der Nachbarparzelle Nr. I. _____ befänden sich ebenfalls zwei Gebäude in der Grünzone. Dazu hielt der Vertreter der Gemeinde am Augenschein fest, bei der Baukontrolle sei ihm nichts aufgefallen. Für die Gemeinde bestand somit kein begründeter Anlass, baupolizeiliche Schritte einzuleiten. Auch mit Blick auf die Parzelle Nr. I. _____ kann somit nicht von einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots gesprochen werden, da für die Gemeinde bisher keine Veranlassung bestand, ein Wiederherstellungsverfahren an die Hand zu nehmen. Anders lagen die Dinge jedoch hinsichtlich der strittigen Skulptur. Nach den Akten führte die Gemeinde die Baukontrolle aufgrund einer Meldung der Kantonspolizei Bern durch.⁴⁸ Die

⁴⁸ Vgl. E-Mail vom 24. August 2017 der Bauverwaltung Täuffelen in den Akten Bauabnahme / Nachkontrolle der Gemeinde Mörigen

zuständige Baupolizeibehörde ist dabei gehalten, ein Wiederherstellungsverfahren einzuleiten, sobald sie Kenntnis von wesentlichen baurechtswidrigen Tatbeständen erhält. Sie hat einer Anzeige nachzugehen, mit der sie auf solche Verhältnisse hingewiesen wird.

h) Nach dem Gesagten hat die Gemeinde Mörigen erst im Zuge des Beschwerdeverfahrens von einem allfälligen baurechtswidrigen Tatbestand auf der Parzelle Nr. I._____ Kenntnis erhalten. Sie ist daher gehalten, der Meldung der Beschwerdeführerin nachzugehen und in einem separaten Wiederherstellungsverfahren zu prüfen, ob auf der Parzelle Nr. I._____ ein allfälliger unrechtmässiger Zustand besteht und ob möglicherweise eine Wiederherstellung zu verfügen ist. Die Beschwerdeführerin kann sich in diesem Verfahren als Anzeigerin beteiligen und somit ihre Rechte in diesem Verfahren vollumfänglich ausüben. Anzeichen, dass die Gemeinde die Vorschriften der Grünzone auf der Parzelle Nr. I._____ nicht durchsetzt, bestehen nicht. Am Augenschein vom 18. Februar 2019 erklärte der Vertreter der Gemeinde, die Gemeinde setze die Vorschriften der Grünzone durch. Falls die Gemeinde ihre Aufsichtspflicht unterlassen würde, müsste die Aufsichtsbehörde einschreiten (Art. 48 BauG).

9. Beweisverfahren

a) In der Beschwerde vom 6. August 2018 sowie in der Eingabe vom 10. Oktober 2018 beantragte die Beschwerdeführerin, es sei ein Augenschein am E._____weg in Mörigen (Parzelle Nr. D._____) durchzuführen. In den Eingaben vom 21. Dezember 2018 und 17. Januar 2019 beantragte die Beschwerdeführerin die Durchführung eines Augenscheins auf den Parzellen Nr. D._____, Nr. G._____, Nr. F._____, Nr. H._____, Nr. I._____ und Nr. J._____. Mit Verfügung vom 24. Januar 2019 kündigte die BVE an, sie werde auf der Parzelle Nr. D._____ am E._____weg einen Augenschein durchführen. Der Ablauf des Augenscheins wurde vor Ort mit den Anwesenden abgesprochen. Die Besichtigung der Parzellen Nr. G._____, Nr. F._____, Nr. H._____, Nr. I._____ und Nr. J._____ war nicht geplant. Die Verfahrensbeteiligten waren mit diesem Vorgehen einverstanden.⁴⁹ Das Vorgehen der BVE beanstandeten die Verfahrensbeteiligten auch in ihren Stellungnahmen zum Augenscheinprotokoll nicht. In den Schlussbemerkungen vom 17. April 2019 kritisiert die

⁴⁹ Vgl. Augenscheinprotokoll vom 18. Februar 2019 S. 2 zweites Verbal

Beschwerdeführerin erstmals, die BVE habe den Sachverhalt unvollständig ermittelt, weil sie auf den Nachbarparzellen Nr. J._____ und Nr. I._____ kein Augenschein durchgeführt habe. Zudem habe die Baupolizeibehörde Mörigen bei der Baukontrolle am 19. März 2019 nicht sorgfältig kontrolliert und festgehalten, was sich im Innern des Geräteschuppens auf der Parzelle Nr. J._____ befunden habe. Sie habe vom Innern des Geräteschuppens auch keine Fotos erstellt. Sie beantragt, die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

b) Die BVE stellt den Sachverhalt im Rahmen des Verfahrensgegenstands von Amtes wegen fest. Dabei bestimmt sie Art und Umfang der Ermittlungen der rechtserheblichen Sachumstände, ohne dass sie an die Beweisanträge der Parteien gebunden ist (Art. 18 Abs. 1 und 2 VRPG). Ihr steht bei der Erhebung und Abnahme von Beweisen ein weiterer Ermessensspielraum zu.⁵⁰

c) Gemäss dem Bauentscheid vom 19. Dezember 2018 erteilte die Gemeinde Mörigen auf der Parzelle Nr. J._____ eine Baubewilligung für einen Geräteschuppe zur Aufbewahrung von Gartenwerkzeug und als Unterstand für den Gartentraktor. Dass der Geräteschuppen nicht zu anderen Zwecken als bewilligt genutzt wird, stellte die Gemeinde mit einer Auflage sicher. Vorliegend ergibt sich der rechtserhebliche Sachverhalt mit genügender Klarheit aus den vorhandenen Akten. In den Akten befinden sich diverse Fotos aus der Luft, die die fraglichen Parzellen in der Grünzone zeigen.⁵¹ Zudem führte die BVE einen Augenschein vor Ort durch und verschaffte sich von den örtlichen Verhältnissen einen eigenen Eindruck. Weiter zog die BVE im Beschwerdeverfahren folgenden Akten bei: Genehmigungsbeschluss des AGR vom 5. Oktober 2009 betreffend die Ortsplanungsrevision der Gemeinde Mörigen aus dem Jahr 2009, den Zonenplan im Massstab 1:2'500 der Gemeinde Mörigen, den Erläuterungsbericht vom 19. März 2009 zur Revision der Ortsplanung der Gemeinde Mörigen, den Genehmigungsbeschluss des AGR vom 22. Dezember 1994 betreffend die Ortsplanungsrevision der Gemeinde Mörigen aus dem Jahr 1994, den nicht mehr gültigen Zonenplan im Massstab 1:2'000 der Gemeinde Mörigen vom 20. September 1993 sowie das veraltete Baureglement der Gemeinde Mörigen vom 20. September 1993 sowie sämtliche Bauakten betreffend die Parzellen Nr. J._____ und Nr. I._____. Schliesslich führte die Gemeinde am 19. März 2019

⁵⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., 1997, Art. 18 N. 8 mit Hinweisen

⁵¹ Vgl. 7 Fotos in den Beilagen 9a-g zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 10. Oktober 2018 in den Beschwerdeakten der BVE

auf der Parzelle Nr. J. _____ eine Baukontrolle durch. Das Bauabnahmeschreiben vom 26. März 2019 edierte die BVE bei der Gemeinde.

d) Am Augenschein der BVE vom 18. Februar 2019 erklärte der Vertreter der Gemeinde Mörigen wie bereits ausgeführt, hinsichtlich der Parzelle Nr. J. _____ würden nur Bauten toleriert, die dem Unterhalt der Grünzone dienten. Dies werde von der Gemeinde kontrolliert und durchgesetzt. Am 19. März 2019 führte die Gemeinde auf der Parzelle Nr. J. _____ eine Baukontrolle durch. Eine unrechtmässige Nutzung des Geräteschuppens stellte die Gemeinde nicht fest (vgl. Erwägung 8e). Damit ist der rechtserhebliche Sachverhalt, ob die Gemeinde das Rechtsgleichheitsgebot respektiert, genügend geklärt. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin muss die BVE nicht weiter abklären, ob es sich auf der Parzelle Nr. J. _____ um einen Geräteschuppen oder um ein Gartenhaus für den Aufenthalt von Menschen handelt. Sollte der Geräteschuppen zukünftig in Überschreitung der Baubewilligung oder in Abweichung der Auflage in der Baubewilligung genutzt werden, ist in einem Baupolizeiverfahren zu prüfen, ob eine Wiederherstellungsmassnahme verfügt werden muss. Gleiches gilt hinsichtlich der Parzelle Nr. I. _____. Nach den klaren Ausführungen der Gemeinde am Augenschein sowie den Feststellungen der Gemeinde bei der Baukontrolle am 19. März 2019 bestehen für die BVE keine Hinweise, dass die Gemeinde die Vorschriften der Grünzone nicht durchsetzt. Ob auf der Parzelle Nr. I. _____ ein unrechtmässiger Zustand besteht, ist daher wie in der Erwägung 8 ausgeführt in einem separaten Wiederherstellungsverfahren zu klären. Für die BVE besteht keine Veranlassung, den Sachverhalt hinsichtlich der Parzellen Nr. J. _____ und Nr. I. _____ weiter abzuklären. Zudem ist ohnehin nicht zu erwarten, dass weitere Abklärungen wesentlich neue und verwertbare Erkenntnisse zur Klärung der Frage, ob die Gemeinde das Rechtsgleichheitsverbot verletzte, vermitteln könnten. Gegen weitere Abklärungen, namentlich die Durchführung eines weiteren Augenscheins auf den Parzellen Nr. J. _____ und Nr. I. _____, sprechen ausserdem verfahrensökonomische Gründe. Diese Beweisanträge sprengen hier den Rahmen des Beschwerdeverfahrens. Die diesbezüglichen Beweisanträge sowie der Antrag der Beschwerdeführerin in den Schreiben vom 21. Dezember 2018 und 17. Januar 2019, es sei auf den Parzellen Nrn. G. _____, H. _____ – F. _____ sowie Nr. J. _____ ein Augenschein durchzuführen, werden abgewiesen. Es ist entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht erforderlich, die Sache zur Abklärung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt ebenfalls unbegründet und abzuweisen.

10. Wiederherstellung

a) Nach Art. 40 Abs. 3 BauG prüft die BVE das Bauvorhaben frei und kann den angefochtenen Entscheid nach Anhörung der Parteien von Amtes wegen abändern, wenn er erhebliche Mängel aufweist. Vorliegend kündigte das Rechtsamt der BVE mit Instruktionsverfügung vom 20. September 2018 an, es prüfe die rechtliche Würdigung der Vorinstanz betreffend die betonierte Bodenplatte gestützt auf Art. 40 Abs. 3 BauG frei. Die Verfahrensbeteiligten erhielten Gelegenheit, sich besonders zur Frage der Rechtmässigkeit der Bodenplatte zu äussern. In der Eingabe vom 26. September 2018 beantragte die Gemeinde gleich wie in der Stellungnahme vom 6. September 2018 und wie in der Wiederherstellungsverfügung vom 14. Dezember 2017 bereits verfügt, den vollständigen Rückbau der betonierten Bodenplatte und die Begrünung der Bodenfläche. Die Beschwerdeführerin beantragte in den Schlussbemerkungen, es auf die Wiederherstellung der Skulptur als auch auf die Entfernung der betonierten Bodenplatte in der Grünzone zu verzichten. Die Beschwerdeführerin konnte sich demzufolge zur Rechtmässigkeit der Bodenplatte wie auch zu einer allfälligen Wiederherstellung der Bodenplatte äussern. Gleiches gilt auch in Bezug auf die Beleuchtungseinrichtung. Diese wurde am Augenschein vom 18. Februar 2019 bei der Sachverhaltsfeststellung thematisiert. Die Verfahrensbeteiligten hatten im Rahmen der Schlussbemerkungen Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Der Beschwerdeführerin wurde damit das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Schlechterstellung gewährt.

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Wiederherstellungsverfügung sei unverhältnismässig, da sie durch kein konkretes öffentliches oder nachbarliches Interesse gedeckt sei. Überdies habe das KAWA für das erstellte Kunstwerk "Tempi Passati" die Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Waldabstands erteilt. Sie wäre berechtigt, am gleichen Standort ein Gartenhaus mit denselben Dimensionen auf der betonierten Bodenplatte zu erreichen, wenn darin Geräte für die Pflege der Grünzone aufbewahrt würden.

c) Die Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD). Die Anordnung darf nicht weiter gehen als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands notwendig ist, und

die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung der oder des Pflichtigen muss durch ein genügend grosses öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann unterbleiben, wenn die Bauherrschaft in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des unrechtmässigen Zustands nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt.⁵²

d) Aus den Erwägungen folgt, dass die Skulptur einschliesslich der Bodenplatte und der Beleuchtungseinrichtung dem Sinn und Zweck der Grünzone widerspricht; sie beeinträchtigt durch ihre Mächtigkeit und flächenmässige Ausdehnung den Trennstreifen zwischen der Siedlung und der offenen Landschaft bzw. dem Wald stark. Dies wirkt sich störend auf das äussere Ortsbild aus. Die Grünzone soll als Trennstreifen zwischen Wohngebiet und Erholungsraum (Waldareal) dienen und den Übergang des Siedlungsgebiets zu den Grünräumen als wichtige Ortsansicht sicherstellen. Mit dem Rückbau der Skulptur einschliesslich der Bodenplatte und der Beleuchtungseinrichtung kann die Störung beseitigt und die Grünzone wieder aufgewertet werden. Dass am selben Standort in der Grünzone ein Gartenhaus mit einer giebelseitigen Höhe von 6.20 m und einer Grundfläche von über 30 m² rechtmässig errichtet werden könnte, ist fraglich, zumal die Einrichtungen und Geräte, die zur Pflege der Grünzone erforderlich sind, regelmässig in angrenzenden Zonen bereitgestellt werden können.⁵³ Zudem sicherten weder die Vorinstanz noch die Gemeinde am fraglichen Standort die Bewilligung für ein Gartenhaus in diesen Dimensionen und mit dieser flächenmässigen Ausdehnung zu. Es kann folglich nicht gesagt werden, der rechtswidrige Zustand, der durch die Skulptur verursacht wird, sei besser oder jedenfalls nicht schlechter als es der rechtmässige wäre, wie dies die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben sinngemäss geltend macht. Auch der Umstand, dass das KAWA für ein allfälliges Gartenhaus die Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Waldabstands möglicherweise erteilen würde, ändert daran nichts. Aus raumplanerischer Sicht wirkt sich der vollständige Rückbau der Skulptur und die Begrünung der Fläche in jedem Fall positiv auf das Ortsbild aus und führt zu einer besseren Situation. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin besteht an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands somit ein konkretes und öffentliches

⁵² BVR 2006 S. 444 E. 6.1

⁵³ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 79 N. 2

Interesse. Ein grosses öffentliches Interesse besteht hier zudem generell daran, dass die Bestimmungen der Grünzone eingehalten und Bauten, die den Zonenvorschriften widersprechen, konsequent verhindert werden.⁵⁴

e) Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe das Kunstwerk "Tempi Passati" gutgläubig erstellt. Sie sei der Meinung gewesen, dass dafür keine Baubewilligung erforderlich sei. Sie habe im Beschwerdeverfahren zudem nachgewiesen, dass das Fundament der Bodenplatte im Zeitpunkt der Bauabnahme vom 12. Juli 2017 in der Grünzone bereits betoniert und erstellt war und auch das Material für das Kunstwerk "Tempi Passati" auf dem Grundstück gelagert und vorhanden war. Die Gemeinde habe bei der Bauabnahme vom 12. Juli 2017 nicht festgestellt, dass es sich um eine bewilligungspflichtige Baute in der Grünzone handle.

f) Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm oder ihr erwartet werden kann, nicht hat gutgläubig sein können; dabei muss sich die Bauherrschaft auch das Wissen der beigezogenen Fachpersonen anrechnen lassen.⁵⁵ Die Beschwerdeführerin verfügt über professionelle Bau Erfahrung. Sie bezweckt gemäss dem Handelsregister des Kantons Bern den Erwerb, die Verwaltung, die Überbauung sowie die Nutz barmachung von Grundstücken.⁵⁶ Dies deckt sich mit den Ausführungen der Auskunftsperson am Augenschein. Diese führte aus, sie habe in der Region Seeland viel gebaut.⁵⁷ Auch muss sich die Bauherrschaft das Wissen ihres Architekten anrechnen lassen. Es kann hier somit von vornherein nicht von Gutgläubigkeit gesprochen werden. Anders als die Beschwerdeführerin meint, vermag auch die Untätigkeit einer Behörde grundsätzlich keinen Vertrauenstatbestand zu schaffen.⁵⁸ Soweit die Beschwerdeführerin argumentiert, anlässlich der Bauabnahme der Gemeinde vom 12. Juli 2017 sei das Fundament der Betonplatte in der Grünzone schon betoniert und erstellt gewesen, kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten.

⁵⁴ BGE 136 II 359 E. 6; BVR 2003 S. 97 E. 3d, 2001 S. 116 E. 7c

⁵⁵ BGE 132 II 21 E. 6.2.2 S. 38f., BVR 2000 S. 170

⁵⁶ Abrufbar unter <https://be.chregister.ch>

⁵⁷ Vgl. Augenscheinprotokoll vom 18. Februar 2019 S. 6 in der Mitte, Votum L. _____

⁵⁸ BGer 1A.63/2005 vom 22. August 2005, E. 5.2.1; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. a Lemma 3

g) Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführerin aufgrund des Baubewilligungsverfahrens für die zwei Villen "C._____" die zonen- bzw. baurechtliche Situation auf der Parzelle Nr. D._____ hinlänglich bekannt war. Im bewilligten Situationsplan im Mst. 1:500 vom 21. September 2016⁵⁹ ist die Grünzone mit einer grün- und der gesetzliche Waldabstand von 30 m mit einer rotgestrichelten Linie eingezeichnet. Aktenkundig ist weiter, dass die Beschwerdeführerin der Gemeinde das Formular "Selbstdeklaration Baukontrolle 2" betreffend den Neubau der zwei Villen am 10. Mai 2017 einreichte. Darin wurde angegeben, dass die Fertigstellung der Umgebungsarbeiten im Juni 2017 erfolge. Im Formular "Selbstdeklaration Baukontrolle 2" gab die Beschwerdeführerin zudem an, dass sie das Bauvorhaben auf der Parzelle Nr. D._____, wozu auch die Umgebung gehört, nach der Baubewilligung bzw. der Projektänderungsbewilligung ausgeführt habe. Die Richtigkeit dieser Angabe wurde mit Unterschrift bestätigt. In Abweichung zu den bewilligten Projektplänen und entgegen der Erklärung im Formular "Selbstdeklaration Baukontrolle 2" hat die Beschwerdeführerin im Juni 2017 die Bodenplatte der strittigen Skulptur erstellt bzw. erstellen lassen, wie die Rechnung und die Regierapporte belegen.⁶⁰ Die Erstellung der strittigen Skulptur stellt gegenüber den bewilligten Plänen eine massive baubewilligungspflichtige Abweichung dar. Hinzu kommt, dass die für die baupolizeiliche Selbstdeklaration verantwortliche Person (Bauherr) verpflichtet ist, die Gemeindebaupolizeibehörde zu benachrichtigen, sobald im Verlaufe der Bauarbeiten baubewilligungspflichtige Abweichungen von den Vorgaben der Baubewilligung und den darin enthaltenen Bedingungen und Auflagen erkennbar werden (Art. 47a BewD). Aus den Akten geht nirgends hervor, dass die Beschwerdeführerin der Gemeindebaupolizeibehörde über diese Abweichungen unterrichtete. Selbst im Zeitpunkt der Baukontrolle vom 12. Juli 2017, in welchem gemäss den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin das Fundament der Bodenplatte in der Grünzone schon betoniert und erstellt und auch das Material für die Skulptur auf dem Grundstück gelagert und vorhanden war, unterliess es die Beschwerdeführerin, die Gemeinde über die Abweichung zu orientieren. Die Gemeindebaupolizeibehörde stellte die Abweichungen von den bewilligten Plänen erst im Rahmen einer Nachkontrolle fest, die sie aufgrund einer Meldung der Kantonspolizei Bern am 18. Oktober 2017 vornahm. Die Beschwerdeführerin handelte somit wider besseres Wissen und ist im baurechtlichen Sinne krass bösgläubig.

⁵⁹ Siehe Pläne des Planaustauschverfahrens in den Bauakten zum Bauentscheid für die Erstellung von 2 Villen "C._____".

⁶⁰ Vgl. Beilage 10, 11a und 11b zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 11. März 2019

h) Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich selbst eine Bauherrschaft berufen, die im baurechtlichen Sinne nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.⁶¹

i) Der von der Vorinstanz angeordnete, vollständige Rückbau der Skulptur ist erforderlich und geeignet, die betroffenen öffentlichen Interessen zu verwirklichen. Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht hier im Schutz des Ortsbids und an der Durchsetzung des Baurechts. Ihm kommt ein massgebendes Gewicht zu. Der Rückbau der Baute ist zudem möglich. Dabei kann aber nur mit der vollständigen Entfernung der Skulptur inklusive der Bodenplatte und Beleuchtung das Ziel, die Grünzone von sichtbarer Überbauung grundsätzlich freizuhalten, erreicht werden. Die Parzelle Nr. D._____ der Beschwerdeführerin ist gross genug, dass es ohne Weiteres zumutbar und möglich ist, die Skulptur unter Wahrung der Vorschriften der Grünzone zu erstellen. Die Bodenplatte und die Beleuchtung müssen daher ebenfalls zurückgebaut werden und die betroffene Fläche ist wieder zu begrünen. Das öffentliche Interesse an der vollständigen Entfernung der Skulptur und die Begrünung der Fläche überwiegen hier die Nachteile, die der Beschwerdeführerin durch die Wiederherstellung entstehen. Die Abweichung vom rechtmässigen Zustand kann hier nicht als geringfügig bezeichnet werden. Die Beschwerdeführerin hat sich zudem krass bösgläubig verhalten. Die finanziellen Nachteile, die ihr durch den Rückbau der Skulptur erwachsen, haben somit nur eine untergeordnete Bedeutung. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Beschwerdeführerin diverse Bauteile, namentlich die Säulen, den Granitring, das Gerippe aus Metall sowie die Beleuchtungseinrichtung, anderenorts auf der Parzelle aufstellen und somit verwenden kann. Eine mildere Massnahme, mit der dasselbe Ziel erreicht werden könnte, ist nicht ersichtlich. Der vollständige Rückbau der Skulptur ist der Beschwerdeführerin somit sowohl in sachlicher wie auch in finanzieller Hinsicht zumutbar. Die Ziffer 4.3 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids wird entsprechend angepasst. Die Einwände der Beschwerdeführerin sind unbegründet. Auch in diesem Punkt ist die Beschwerde abzuweisen.

⁶¹ BVR 2006 S. 444 E. 6.1

j) Die angesetzte Wiederherstellungsfrist (31. Oktober 2018) ist während des Beschwerdeverfahrens abgelaufen. Die BVE setzt die Wiederherstellungsfrist deshalb neu auf den 31. Dezember 2019 an. Die angesetzte Frist von drei Monaten erscheint angemessen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Rasenaussaat erst im Frühjahr Sinn macht, d.h. in den Monaten April und Mai, wenn die Temperatur des Bodens wieder wärmer ist. Im Dispositiv des angefochtenen Entscheids wird daher präzisiert, dass die betroffene Fläche bis im Frühjahr 2020 zu begrünen ist.

11. Kosten

- a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'800.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV⁶²). Für den Augenschein vom 18. Februar 2019 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von Fr. 400.00 erhoben. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit Fr. 2'200.00.
- b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Ziffern 4.2 und 4.3 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids vom 3. Juli 2018 wird wie folgt angepasst:
"Ziffer 4.2 Bauabschlag
Der Bauherrschaft wird für das eingangs umschriebene bereits erstellte Bauvorhaben einschliesslich der Bodenplatte und der Beleuchtungseinrichtung der Bauabschlag erteilt."

⁶² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Ziffer 4.3 Wiederherstellung

Die Wiederherstellungsmassnahmen sind, unter Androhung der Ersatzvornahme durch die Baupolizeibehörde der Gemeinde Mörigen, wie folgt auszuführen:

- das ohne Baubewilligung erstellte Kunstwerk "Tempi Passati" ist, einschliesslich der Bodenplatte und Beleuchtungseinrichtung, bis 31. Dezember 2019 vollständig zurückzubauen. Die betroffene Fläche ist im Frühjahr 2020 zu begrünen."

Im Übrigen wird der Entscheid des Regierungsstatthalteramts Biel/Bienne vom 3. Juli 2018 bestätigt.

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'200.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B. _____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne, A-Post
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Mörigen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat