



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2020/56

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 12. August 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Rumisberg, Gemeindeverwaltung, Mattenbodenweg 11,
4539 Rumisberg

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Rumisberg vom 7. September
2020 (Weg, Brätelplatz)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind Eigentümer der am Hang gelegenen Parzelle Rumisberg Grundbuchblatt Nr. G._____. Das Wohngebäude samt Umschwung befindet sich in der Dorfzone. Der obere Teil der Parzelle liegt in der Landwirtschaftszone.

2. Die Gemeinde stellte im Jahr 2020 fest, dass die Beschwerdeführenden im Begriffe waren, im oberen Teil ihres Grundstücks (Landwirtschaftszone) einen mit niedrigen Steinmauern eingefassten Weg zu erstellen, der zu einem als Plattform ausgebildeten Brätelplatz führt. Mit Schreiben vom 30. Juli 2020 eröffnete die Gemeinde ein baupolizeiliches Verfahren und wies die Beschwerdeführenden auf die Baubewilligungspflicht dieser Arbeiten hin. Die Beschwerdeführenden bestritten die Baubewilligungspflicht mit Schreiben vom 3. August 2020. Sie teilten mit, der Fussweg sei schon bisher vorhanden gewesen und dürfe baubewilligungsfrei instandgesetzt werden. Die kleinen Randbefestigungen seien mit örtlichen Steinen der Parzelle gebaut worden. Der Weg sei für die Bewirtschaftung des steilen Geländes landwirtschaftlich notwendig, damit der Hang ordentlich gemäht und bewirtschaftet werden könne. Die Plattform entspreche dem natürlichen Gelände und könne nicht Gegenstand einer Baubewilligung sein. Die Brätelstelle sei nicht befestigt und bestehe aus einigen örtlichen Steinen als Randbegrenzung.

3. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 7. September 2020 forderte die Gemeinde Rumisberg die Beschwerdeführenden auf, den mit Steinen erstellten Weg sowie den Brätelplatz nördlich des Wohnhauses vollständig zu entfernen. Gleichzeitig wies sie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin. Zudem drohte sie die Ersatzvornahme an und wies auf mögliche Straffolgen hin.

4. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 21. September 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen die Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung vom 7. September 2020. Die Gebührenzusammenstellung der Gemeinde sei abzulehnen.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte die Vorakten ein, führte den Schriftenwechsel durch und holte vom Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) eine Stellungnahme ein. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 5. Oktober 2020, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie weist zudem darauf hin, dass die Feuerstelle und die Bank nicht Gegenstand der Wiederherstellungsverfügung sind. Das AGR beantragt mit Stellungnahme vom 7. Dezember 2020, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Zu den Eingaben des AGR und der Gemeinde nahmen die Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 17. Februar 2021 Stellung. Am 9. März 2021 reichten sie weitere Beweismittel ein.

6. Das Rechtsamt stellte den Verfahrensbeteiligten Luftaufnahmen der Swisstopo von 1982, 1984, 2013 und 2019 sowie Luftaufnahmen aus dem Geoportal des Kantons Bern und von Google Maps zu. Es teilte den Beteiligten mit, dass aufgrund einer summarischen Beurteilung davon ausgegangen werde, dass für den Weg und dessen frühere Befestigung keine Baubewilligung bestehe. Das Rechtsamt gehe davon aus, dass eine Wiese (ohne Weg mit Randbefestigungen und ohne ausgeebneten und befestigten Brätelplatz) den rechtmässigen Zustand darstelle. Für den Fall einer Abweisung der Beschwerde werde erwogen, die angefochtene Wiederherstellungsverfügung mit folgender Präzisierung zu ergänzen:

Die Steine bzw. Steinmauern entlang des Wegs und beim Brätelplatz sind zu entfernen. Beim Brätelplatz und dem oberen Teil des Wegs (vgl. Fotos Nrn. 14-17 der Gemeinde vom 5. Oktober 2020) ist das Terrain dem umgebenden Terrain anzugleichen.

Die Beteiligten sowie das AGR erhielten Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Davon machte das AGR mit Eingabe vom 27. Mai 2021 Gebrauch und hielt an seinem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Die Beschwerdeführenden wehrten sich mit Eingabe vom 29. Mai 2021 gegen den Wiederherstellungsbefehl und gegen die Präzisierung der Wiederherstellungsverfügung. Die Gemeinde reichte keine Stellungnahme ein.

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

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG² können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die Wiederherstellungsverfügung betroffen (Art. 65 VRPG³) und zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht.

b) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Nur was die Gemeinde darin verfügt hat, kann zum Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht werden.⁴ Die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bezieht sich einzig auf den Weg sowie den als Plattform ausgebildeten Brätelplatz. Für die Sitzbank sowie die Brätelstelle (Feuerstelle) hat die Gemeinde keine Wiederherstellungsmassnahmen angeordnet. Diese sind daher auch nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Auf diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführenden kann nicht eingetreten werden. Soweit sich die Beschwerde gegen die verfügten Wiederherstellungsmassnahmen beim Weg und Brätelplatz richtet, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2. Baubewilligungspflicht

a) Die Beschwerdeführenden bestreiten die Baubewilligungspflicht ihrer Vorkehren. Sie machen geltend, es handle sich um einen überwachsenen, altrechtlich bestehenden Fussweg, der vorher mit Zementplatten und alten Eisenbahnschwellen befestigt gewesen sei. Weil er stark überwachsen gewesen sei, habe ihn die Gemeinde nicht erkennen können. Der Weg sei früher als Kuhweg zur oberen Weide genutzt worden. Sie hätten die eingebauten umweltgefährdenden Baumaterialien am Weg und am unteren Rand des Brätelplatzes entfernt und den Weg mit den auf der Parzelle vorgefundenen Jurakalksteinen am Rand befestigt. Der Weg verändere weder Raum noch Umwelt. Bei der sogenannten Plattform (Brätelplatz) handle es sich um ein natürliches «Bödeli» im Gelände. Dort sei eine Bank auf betoniertem Fundament gestanden. Das Betonfundament hätten sie entfernt. Die Plattform sei nicht neu erstellt, sondern lediglich neu mit Steinen eingefasst worden. Es sei keine wesentliche Terrainveränderung vorgenommen worden.

b) Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG; vgl. auch Art. 22 Abs. 1 RPG⁵). Nur geringfügige Bauvorhaben sind von der Baubewilligungspflicht ausgenommen (vgl. Art. 1b BauG). Die dem Grundsatz nach baubewilligungsfreien Vorhaben werden in Art. 6 ff. BewD⁶ aufgezählt. Keiner Baubewilligung bedürfen das Unterhalten und Ändern von Bauten und Anlagen, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD) oder das Erstellen von kleinen Nebenanlagen wie Feuerstellen und Sitzplätzen (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD). Ob eine Nebenanlage als klein gelten kann, ist einerseits eine Frage ihrer Grösse und hängt andererseits davon ab, ob sie geeignet ist, die in Art. 1a Abs. 1 BauG genannten Auswirkungen

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

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

⁴ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 bis 14

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

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

zu entfalten.⁷ Die Baubewilligungsfreiheit der in Art. 6 BewD genannten Vorhaben steht jedoch unter dem Vorbehalt von Art. 7 BewD. Liegt ein Vorhaben ausserhalb der Bauzone, und ist es geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem es zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändert, die Erschliessung belastet oder die Umwelt beeinträchtigt, ist es baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 1 BewD). Die Baubewilligungspflicht ist auch gegeben, wenn ein Bauvorhaben Schutzobjekte oder –gebiete oder den Gewässerraum betrifft (vgl. Art. 7 Abs. 2 BewD).

c) Der Weg und der Brätelplatz liegen in der Landwirtschaftszone, die eine Nichtbauzone ist. Bauten und Anlagen betreffen daher die Nutzungsordnung. Ein Trampelpfad, wie er beispielsweise durch Kühe oder häufiges Begehen natürlich entsteht oder ein gemähter Wegstreifen wären nicht baubewilligungspflichtig. Beim hier zu beurteilenden Weg und Brätelplatz (Plattform) handelt es sich jedoch um ein Bauwerk. Der Weg wurde leicht in den Hang eingeschnitten, ausgeebnet und talseitig mit einer niedrigen Trockensteinmauer befestigt.⁸ Die Parzelle Nr. G._____ hat eine Breite von rund 24,5 m (gemessen bei der nordwestlichen Parzellengrenze des Grundstücks Nr. 420). Der Weg, an dessen Ende sich der Brätelplatz (Plattform) befindet, wurde über praktisch die ganze Parzellenbreite in einer Z-Form angelegt.⁹ Die Gesamtlänge der Anlage (Weg und Brätelplatz) beträgt schätzungsweise 60 m bis 65 m. Es ist nicht erstellt aber möglich, dass im natürlichen Gelände eine Art Bödeli vorhanden war, wo sich heute der Brätelplatz befindet. Auf der alten, undatierten Foto der Gemeinde ist ersichtlich, dass es etwa in diesem Bereich eine unbewachsene Stelle vor einer Tanne gab, die allerdings ein geneigtes Gelände aufwies. Eine weitere Foto zeigt eine Sitzbank von hinten, für die nach Angaben der Beschwerdeführenden bereits ein Betonfundament erstellt worden war.¹⁰ Der Brätelplatz ist heute recht breit, ausgeebnet und talseitig mit einer Steinmauer befestigt.¹¹ Bei einem natürlicherweise ebenen Platz wäre eine solche Stützmauer oder –vorrichtung nicht erforderlich gewesen. Die Terrassierung hebt sich klar vom natürlichen Terrainverlauf ab. Es kann nicht von einem geringfügigen Vorhaben gesprochen werden. Die Gesamtanlage wirkt sich auf den Raum aus. Der Weg und der Brätelplatz sind baubewilligungspflichtig.

d) Die Beschwerdeführenden berufen sich darauf, dass der Weg und das Bödeli altrechtlich vorbestanden hätten und bereits mit Bahnschwellen und anderem befestigt gewesen seien. Sie hätten den Weg und Brätelplatz lediglich instandgesetzt. Voraussetzung für die Baubewilligungsfreiheit wäre in diesem Fall, dass der Weg und der Brätelplatz rechtmässig vorbestanden haben und dass daran bloss Unterhaltsarbeiten oder kleine Reparaturen ausgeführt wurden.¹² Beides ist zu verneinen. Ab 1971 definierte das kantonale Baugesetz von 1970¹³, welche Bauten im übrigen Gemeindegebiet zulässig waren. Am 1. Juli 1972 trat auf Bundesebene das Gewässerschutzgesetz¹⁴ in Kraft, mit dem erstmals eine klare Trennung von Bau- und Nichtbauggebiet vorgenommen wurde.¹⁵ Das aGSchG mit der dazugehörigen Verordnung schränkte das Bauen im Nichtbauggebiet ein und setzte für solche Bauten und Anlagen nebst der Baubewilligung eine kantonale Bewilligung voraus. Für den Weg und Brätelplatz besteht nach Auskunft der Gemeinde keine Baubewilligung. Die Frage, ob eine befestigte Anlage vor 1971 allenfalls ohne Baubewilligung erstellt werden durfte, braucht nicht vertieft zu werden. Die

⁷ Vgl. zudem Bernische Systematische Information der Gemeinden [BSIG] Nr. 7/725.1/1.1 S. 5

⁸ Vgl. Fotos Nrn. 3, 8, 9, 10, 12, 14, Beilagen der Gemeinde zur Beschwerdeantwort

⁹ Vgl. Luftaufnahme von Google Maps in RA-Dossier

¹⁰ Fotos bei Nr. 32; Fotobeilage der Beschwerdeführenden vom 9. März 2021, S. 3

¹¹ Vgl. Fotos Nrn. 15-17, 19, 24, Beilagen der Gemeinde zur Beschwerdeantwort; Fotobeilage der Beschwerdeführenden vom 9. März 2021, S. 1

¹² Waldmann/Hänni, RPG Kommentar, 2006, Art. 22 N. 18

¹³ Baugesetz vom 7. Juni 1970

¹⁴ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (aGSchG; AS 1972 I 950)

¹⁵ BGE 129 II 396 E. 4.2

Beschwerdeführenden haben keine Nachweise vorgelegt,¹⁶ dass der Weg und Brätelplatz mit befestigten Rändern bereits vor 1971 bestanden haben und solches ergibt sich auch nicht aus den Akten. Nach Angaben der Beschwerdeführenden war der Weg früher ein Kuhweg. Auf den alten, allerdings undatierten Fotos der Gemeinde¹⁷ ist nur eine Wiese, aber kein Weg erkennbar. Auch auf den Luftbildern von 1982, 1984 erscheint die Fläche nur als Wiese. Die Bildauflösung ist zwar nicht sehr gut, aber bestehende Wege sind andernorts trotz der groben Körnung erkennbar (so z.B. bei der Parzelle Nr. A. _____). Ansatzweise erkennbar ist die heutige Wegführung nur auf der Luftaufnahme von 2013. Es ist somit nicht erwiesen, dass ein mit Bahnschwellen und anderen Materialien befestigter Weg und Brätelplatz rechtmässig vorbestanden haben. Entscheidend ist vorliegend aber, dass die Beschwerdeführenden die Anlage in einem baubewilligungspflichtigen Ausmass verändert haben. Die früher eingebauten Materialien wie Eisenbahnschwellen, Zementplatten etc. wurden vollständig abgebrochen und die Befestigung mit Steinen neu erstellt. Ein Abbruch und Wiederaufbau mit anderen Materialien geht über einen reinen Unterhalt hinaus.¹⁸ Auch unter diesem Gesichtspunkt war das Vorhaben baubewilligungspflichtig. Der mit Steinmauern befestigte Weg und Brätelplatz sind nicht bewilligt, es besteht demnach eine formelle Rechtswidrigkeit.

3. Materielle Rechtswidrigkeit

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung ausgeführt, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG¹⁹). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen. In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird, hat die Rechtsmittelbehörde deshalb summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben materiell rechtmässig ist und bewilligt werden könnte.²⁰

b) Voraussetzung für eine Baubewilligung ist nebst anderem, dass das Bauvorhaben in der Landwirtschaftszone entweder zonenkonform ist oder dafür eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 ff. RPG erteilt werden könnte. Der Umstand, dass der vorliegende Weg in der Landwirtschaftszone liegt und zur Pflege der Obstbäume dient, bedeutet nicht, dass er auch zonenkonform ist. In der Landwirtschaftszone zonenkonform sind nur Bauten und Anlagen, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a Abs. 1 Satz 1 RPG, präzisiert in Art. 34 RPV²¹). Weganlagen sind in der Landwirtschaftszone dann zonenkonform, wenn sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zum Landwirtschaftsbetrieb stehen und in ihrer konkreten Ausgestaltung für eine zweckmässige Bewirtschaftung des Bodens am vorgesehenen Standort notwendig und nicht überdimensioniert sind.²² Die landwirtschaftliche Bewirtschaftung gemäss Art. 16a RPG bezieht sich auf landwirtschaftliche Gewerbe im Sinne von Art. 7 und 5 BGGB²³ i.V.m. Art. 3 LBV²⁴. Die Beschwerdeführenden führen weder selber einen Landwirtschaftsbetrieb, noch dient die

¹⁶ Beweispflichtig sind die Beschwerdeführenden, vgl. BGer 1C_480/2019/1C_481/2019 vom 16. Juli 2020 E. 5.1 mit Hinweis

¹⁷ Fotos Nrn. 31 und 32, Beilagen der Gemeinde zur Beschwerdeantwort

¹⁸ Vgl. BGer 1C_272/2019 vom 28. Januar 2020 E. 5.4

¹⁹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

²⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 15a

²¹ Raumplanungsverordnung des Bundesrats vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1).

²² Entscheid BVE 110/2018/94 vom 19. Februar 2019, E. 5.

²³ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGGB; SR 211.412.11)

²⁴ Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen (Landwirtschaftliche Begriffsverordnung, LBV; SR 910.91)

Parzelle Nr. G. _____ einem anderen landwirtschaftlichen Gewerbe. Der Weg und Brätelplatz sind daher nicht zonenkonform und bedürften einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG.

c) Näher zu prüfen ist einzig Art. 24 RPG. Die übrigen Ausnahmetatbestände (Art. 24a RPG: Zweckänderung ohne bauliche Massnahmen, Art. 24b RPG: Nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe, Art. 24d RPG: Landwirtschaftsfremde Wohnnutzung und schützenswerte Bauten und Anlagen, Art. 24e RPG: Hobbymässige Tierhaltung, Art. 37a RPG: Zonenfremde gewerbliche Bauten und Anlagen) fallen von vornherein ausser Betracht. Art. 24c RPG würde voraussetzen, dass die Baute oder Anlage am massgebenden Stichtatum vom 1. Juli 1972 rechtmässig bestand, was wie oben dargelegt nicht erwiesen ist.

d) Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG setzt voraus, dass der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (Standortgebundenheit, Art. 24 Bst. a RPG) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 Bst. b RPG). Nach ständiger Rechtsprechung genügt auch eine relative Standortgebundenheit. Vorausgesetzt ist, dass gewichtige Gründe den Standort in der Nichtbauzone gegenüber Standorten innerhalb der Bauzone als erheblich vorteilhafter erscheinen lassen.²⁵ Die Standortgebundenheit muss einem aktuellen und tatsächlichen Bedarf entsprechen, der sich nach objektiven Kriterien beurteilt.²⁶ Bei der Beurteilung der Standortgebundenheit kann es nicht auf subjektive Vorstellungen und Wünsche von Einzelpersonen ankommen. Auch die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ist unerheblich. Es gilt ein strenger Massstab.²⁷

Der Brätelplatz ist objektiv nicht auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen. Aufenthaltsplätze können und sollen in der Bauzone erstellt werden. Der breite und seitlich befestigte Weg ist zur Pflege des am Hang gelegenen Grundstücks zwar praktisch, aber objektiv gesehen nicht erforderlich. Er erschliesst zudem den ebenfalls nicht standortgebundenen Brätelplatz.

e) Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass der Beschwerdeführer 1 aufgrund seiner Gehbehinderung auf den Weg angewiesen sei. Eine Gehbehinderung ist zwar ein objektiver Faktor, der aber mit der Person des Beschwerdeführers zusammenhängt. Subjektive Gründe wie die gesundheitliche Situation vermögen die Standortgebundenheit nach der Rechtsprechung nicht zu begründen. Gerade eine Gehbehinderung könnte von vielen Personen (insbesondere auch Älteren) geltend gemacht werden. Bauten, die gestützt auf spezielle gesundheitliche Konstellationen der Eigentümerschaft oder Bewohner bewilligt würden, bestehen lange Zeit weiter, während die Personen wechseln können. In diesem Fall würde eine gestützt auf subjektive Verhältnisse bewilligte Baute oder Anlage ohne Rechtfertigung bestehen bleiben, was dem raumplanerischen Trennungsgrundsatz widersprechen würde.²⁸ Diese strengen Grundsätze gelten selbst bei zonenkonformen Bauten von landwirtschaftlichen Betrieben.²⁹ Erst recht kann bei zonenfremden Bauten und Anlagen kein milderer Massstab angelegt werden. So vermochten Alter oder Krankheit eines Gesuchstellers keinen objektiven Grund abzugeben, um die Standortgebundenheit einer geteerten Zufahrt zu einem Chalet zu begründen.³⁰ Für den Weg und Brätelplatz könnte somit keine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG erteilt werden. Der Weg und Brätelplatz sind auch materiell rechtswidrig.

²⁵ BGE 141 II 245 E. 7.61

²⁶ Waldmann/Hänni, RPG Kommentar, 2006, Art. 24 N. 8 und 11

²⁷ Zum Ganzen: BGE 124 II 252 E. 4a; BGE 129 II 63 E. 3.1

²⁸ Rudolf Muggli, Praxiskommentar RPG, Bauen ausserhalb der Bauzone, 2017, Art. 24 N. 11; BGer 1A.78/2006 vom 1. Dezember 2006 E. 3.4; BGer 1C_227/2014 vom 11. Mai 2016 E. 3.2

²⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 80 N. 14; Waldmann/Hänni, RPG Kommentar, 2006, Art. 16a N. 14; BGer 1A.78/2006 vom 1. Dezember 2006 E. 3.4

³⁰ Waldmann/Hänni, RPG Kommentar, 2006, Art. 24 N. 8

f) Die Beschwerdeführenden bringen vor, bei den Nachbargrundstücken und in der gleichen Zone gebe es verschiedenste Steinmäuerchen und Einfassungen. Die Rechtsgleichheit sei verletzt. Der in Art. 8 Abs. 1 BV³¹ und Art. 10 Abs. 1 KV³² enthaltene Grundsatz der Rechtsgleichheit verpflichtet die rechtsanwendenden Behörden, gleiche Sachverhalte mit gleichen relevanten Tatsachen gleich zu behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung.³³ Die Beschwerdeführenden legen nicht konkret dar, wo welche Steinmauern bestehen, die mit ihrem Weg und Brätelplatz vergleichbar sein sollen. Auch ist nicht bekannt, ob diese Steinmäuerchen in der Landwirtschaftszone liegen und ob sie bewilligt sind. Sofern andere Steinmäuerchen allenfalls unrechtmässig bestehen sollten, könnten die Beschwerdeführenden daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht nur ausnahmsweise unter strengen Voraussetzungen, da das öffentliche Interesse an der korrekten Rechtsanwendung überwiegt (vgl. Art. 5 BV). Da es vorliegend um den Vollzug von Bundesrecht (RPG) geht, wäre eine allfällige – hier aber nicht ersichtliche – gesetzeswidrige Praxis der Gemeinde nicht massgebend und die BVD als Rechtsmittelbehörde nicht daran gebunden. Aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit ergibt sich vorliegend kein Anspruch auf eine Ausnahmbewilligung nach Art. 24 ff. RPG.

4. Wiederherstellung

a) Die Beschwerdeführenden werfen der Gemeinde eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu Beginn des Verfahrens vor. Es ist nicht ganz klar, was sie damit meinen. Die Gemeinde eröffnete das baupolizeiliche Verfahren mit Schreiben vom 30. Juli 2020, legte den Sachverhalt und die rechtlichen Grundlagen dar, drohte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an und gab den Beschwerdeführenden Gelegenheit, sich dazu zu äussern (vgl. Art. 21 VRPG). Weil auch das Verwaltungsverfahren grundsätzlich ein schriftliches Verfahren ist (Art. 31 VRPG), kann der Gemeinde kein Vorwurf gemacht werden, dass sie nicht auch das Gespräch suchte. Stellt die Baupolizeibehörde einen unrechtmässigen Zustand fest, ist sie gesetzlich verpflichtet, einzuschreiten (Art. 46 BauG). Ein schikanöses Vorgehen der Gemeinde oder eine Gehörsverletzung sind nicht erkennbar.

b) Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.³⁴

c) Die Beschwerdeführenden durften nicht darauf vertrauen, dass sie von zufällig vorbeigehenden Behördenmitgliedern auf die Rechtslage hingewiesen werden. Vielmehr wird erwartet, dass sich eine Bauherrschaft über die Zulässigkeit ihres Tuns selber erkundigt und im Zweifelsfall die Baubewilligungsbehörde kontaktiert. Die Beschwerdeführenden gelten daher im baurechtlichen Sinn als bösgläubig.

d) Generell besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten und Anlagen, die der

³¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

³² Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

³³ Statt vieler BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen; VGE 2016/242 vom 8. Juni 2017 E. 5.3; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2014, § 23 N. 11 f.

³⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

baurechtlichen Ordnung widersprechen.³⁵ Das Bundesgericht misst der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes massgebendes Gewicht zu für den ordnungsgemässen Vollzug des Raumplanungsrechts. Werden in der Landwirtschaftszone widerrechtlich errichtete Bauten nicht beseitigt, sondern auf unabsehbare Zeit geduldet, wird der Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugelände in Frage gestellt und rechtswidriges Verhalten belohnt.³⁶ Formell rechtswidrige Bauten, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen daher grundsätzlich beseitigt werden.³⁷ Dies gilt zur Verhinderung der schleichenden Überbauung der Landwirtschaftszone auch in Bezug auf Bauten, die flächen- und volumenmässig nicht sehr gross sind.³⁸

e) Die Gemeinde ordnete an, der mit Steinen erstellte Weg sowie der Brätelplatz nördlich des Wohnhauses seien vollständig zu entfernen. Die Beschwerdeführenden machen geltend, es sei unklar, welcher Zustand wiederhergestellt werden müsse. Wie oben ausgeführt, besteht für den Weg keine Baubewilligung. Für den rechtmässigen Zustand ist auf den Zustand abzustellen, wie er am 1. Juli 1972 beim Inkrafttreten des aGSchG bestand, das erstmals eine Trennung von Baugebiet und Nichtbaugelände vornahm.³⁹ Als rechtmässiger Zustand gilt deshalb nicht der Vorzustand mit den eingebauten Eisenbahnschwellen, Betonelementen etc., sondern ein Wiesenhang ohne Weg. Das Rechtsamt erwog, die Wiederherstellungsanordnung von Amtes wegen wie folgt zu präzisieren:

Die Steine bzw. Steinmauern entlang des Wegs und beim Brätelplatz sind zu entfernen. Beim Brätelplatz und dem oberen Teil des Wegs (vgl. Fotos Nrn. 14-17 der Gemeinde vom 5. Oktober 2020) ist das Terrain dem umgebenden Terrain anzugleichen.

Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist erforderlich, dass beim Weg und beim Brätelplatz die seitlichen Steinmauern entfernt werden. Es genügt nicht, dass die Steine im Verlauf der Zeit durch Pflanzen überdeckt werden und nicht mehr sichtbar sind. Auch die von den Beschwerdeführenden vorgeschlagene Aufschüttung von Humus entlang der Steinmauern wäre nicht ausreichend zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes. Der seitlich befestigte Weg und Brätelplatz würden auch mit diesen Massnahmen in der heutigen Form bestehen bleiben. Da beim Brätelplatz und dem obersten Wegstück ein Geländesprung geschaffen wurde,⁴⁰ ist es dort ausserdem erforderlich, das Gelände wieder an das umgebende Terrain anzupassen. Die genannten Massnahmen sind ausreichend und geeignet, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen. Es ist vorliegend nicht erforderlich, den gesamten Weg zu entfernen bzw. auch im unteren Teil des Wegs eine Geländeanpassung vorzunehmen. Die Steinmauerchen sind dort nicht hoch.⁴¹ Werden sie entfernt, wird sich dieser Weg im Verlauf der Zeit von selber an das umgebende Terrain angleichen. Ein Trampelpfad (ohne Terrainveränderung und ohne seitliche Befestigung irgendwelcher Art) ist schliesslich zulässig. Die Entfernung der Trockensteinmauern und die Angleichung des Terrains beim oberen Wegstück und Brätelplatz sind zumutbare Massnahmen. Der finanzielle und arbeitsmässige Aufwand spielt bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes kaum je eine Rolle.

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9a

³⁶ Vgl. BGE 136 II 359 E. 6 mit Hinweisen; VGE 2019/317 vom 12. Oktober 2020 E. 7.1 mit Hinweisen; BGer 1C_272/2019 vom 28. Januar 2020 E. 6.4

³⁷ BGE 136 II 359, E. 6; BGE 1C_283/2017 vom 23. August 2017, E. 4; BGE 1C_135/2016 vom 1. September 2016, E. 3.3.

³⁸ BGer 1C_272/2019 vom 28. Januar 2020 E. 6.4; BGer 1C_10/2019 vom 15. April 2020 E. 5.4

³⁹ BGE 129 II 396 E. 4.2

⁴⁰ Vgl. Fotos Nrn. 14-17, Beilagen der Gemeinde zur Beschwerdeantwort

⁴¹ Fotos Nrn. 4- 10, Beilagen der Gemeinde zur Beschwerdeantwort

f) Die Beschwerdeführenden haben insofern im öffentlichen Interesse gehandelt, als sie die umweltgefährdenden Baustoffe wie Eisenbahnschwellen etc. ausgebaut und entsorgt haben. Der heutige Zustand stellt gegenüber dem Vorzustand vermutlich eine Verbesserung dar. Weil der seitlich befestigte Weg und Brätelplatz nicht bewilligt sind, hätten die Beschwerdeführenden ohnehin zum Rückbau der früheren Anlage verpflichtet werden können. Nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt im Nichtbaugelände keine Verwirkungsfrist für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.⁴²

g) Es besteht ein öffentliches Interesse an der Förderung der Biodiversität, namentlich auch bei privaten Gärten. Den ökologischen Anliegen kann mit verschiedenen Massnahmen Rechnung getragen werden; Trockensteinmauern sind nur eine Möglichkeit darunter. Die private Umgebungsgestaltung stösst jedoch dort an Grenzen, wo sie baubewilligungspflichtig und nicht zonenkonform ist. So hat das Bundesgericht entschieden, dass ein unrechtmässig in der Landwirtschaftszone erstellter Flachteich, in dem sich bereits vom Aussterben bedrohte Tierarten angesiedelt hatten, wieder zurückgebaut werden muss, weil das öffentliche Interesse an der Trennung von Bau- und Nichtbaugelände überwiegt.⁴³ Im vorliegenden Fall ist die allfällige ökologische Verbesserung nur ein Nebeneffekt: Der Weg und Brätelplatz wurden nicht zum Zweck der ökologischen Aufwertung erstellt, sondern dienen den Beschwerdeführenden bzw. Hausbewohnern. Der Umstand, dass nur Jurakalksteine verbaut wurden, die auf dem Grundstück vorgefunden wurden, vermag das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung ebenso wenig zu verdrängen. Es ist Sache der Beschwerdeführenden, für die Steine eine legale Verwendung zu finden, sei es auf ihrem Grundstück oder anderswo.

h) Der Beschwerdeführer 1 hat aufgrund seiner Gehbehinderung zweifellos ein Interesse an der Beibehaltung des Wegs. Die Nutzung des Grundstücks wird ihm durch den Rückbau der Trockenmauern, die den Weg seitlich befestigen, jedoch nicht verunmöglicht. Wenn die gesundheitlichen Verhältnisse keine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, vermögen sie auch keinen Verzicht auf die Wiederherstellung zu rechtfertigen. Andernfalls würde sich illegales Bauen lohnen. Dies gilt es zu verhindern. Der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes stehen somit keine überwiegenden öffentlichen und privaten Interessen entgegen.

5. Gebühr der Wiederherstellungsverfügung

Die Beschwerde der Beschwerdeführenden richtet sich auch gegen die Gebühr der Gemeinde für das baupolizeiliche Verfahren im Betrag von CHF 450.–. Die Beschwerdeführenden begründen aber mit keinem Wort, inwiefern sie diese Gebühr beanstanden. Insofern kann mangels Begründung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. Hinzuweisen bleibt, dass kostenpflichtig wird, wer durch sein Tun ein baupolizeiliches Verfahren veranlasst.⁴⁴ Die Gemeinde verfügt über ein Gebührenreglement.⁴⁵ Die Gebühren werden nach Zeitaufwand oder pauschaliert bemessen (Art. 3 und 4 Abs. 3 GebR). Sie müssen grundsätzlich kostendeckend und im Einzelfall verhältnismässig sein (Art. 2 GebR). Für die Tätigkeiten der Baupolizei gilt die Aufwandgebühr II, welche gemäss Art. 1 des Gebührentarifs⁴⁶ CHF 100.– pro Stunde beträgt. Der in Rechnung gestellte Aufwand von 4,5 Stunden für die Abklärungen und das Verfassen der Verfügung erscheint ohne weiteres angemessen.

⁴² BGer 1C_469/2019, 1C_483/2019 vom 28. April 2021 E. 5, zur Publikation vorgesehen

⁴³ BGer 1C_10/2019 vom 15. April 2020 E. 5.6

⁴⁴ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 107 N. 2 und 9

⁴⁵ Gebührenreglement der Einwohnergemeinde Rumisberg 2014, Stand 1. Januar 2017

⁴⁶ Gebührentarif der Einwohnergemeinde Rumisberg 2017

6. Kosten

Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁴⁷). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Der Gemeinde sind keine ersatzfähigen Parteikosten entstanden (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Gemeinde Rumisberg vom 7. September 2020 wird von Amtes wegen wie folgt präzisiert:

Die Steine bzw. Steinmauern entlang des Wegs und beim Brätelplatz sind zu entfernen. Beim Brätelplatz und dem oberen Teil des Wegs (vgl. Fotos Nrn. 14-17 der Gemeinde vom 5. Oktober 2020) ist das Terrain dem umgebenden Terrain anzugleichen.

Im Übrigen wird die Verfügung der Gemeinde Rumisberg vom 7. September 2020 bestätigt.

2. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau D._____ und Herrn C._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Rumisberg, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung, per E-Mail

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

⁴⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in drei Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Beilage: Kopie der Fotos Nrn. 14-17 der Gemeinde vom 5. Oktober 2020