

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2017/199 vom 13.8.2018).

RA Nr. 110/2016/190

Bern, 12. Juni 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C. _____

und



Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, Industriestrasse 2,
Postfach 145, 3602 Thun

Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis I (TBA OIK I), Schlossberg 20,
Postfach, 3602 Thun

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun vom 29. November 2016 (Gemeinde-Nr. 942/2016-0274; Sanierung der bestehenden Terrasse mit Sicht- und Windschutzmauer)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind Eigentümer einer Stockwerkeinheit im Erdgeschoss des Wohnhauses auf der Parzelle Thun-Strättligen Grundbuchblatt Nr. D. _____ (Wohnzone W2). Entlang der nordöstlichen Seite des Wohnhauses verläuft das

E. _____. Am 22. März 2016 wurde das Bauinspektorat der Stadt Thun durch Hinweise aus der Bevölkerung darauf aufmerksam gemacht, dass auf dem Grundstück Bauten und Anlagen ohne Bewilligung erstellt worden seien. Die Baupolizeibehörde nahm daraufhin am 24. März 2016 eine unangemeldete Kontrolle vor und stellte das Erstellen einer Trockenmauer innerhalb des geschützten Uferbereichs des Bächleins fest. Die Baupolizeibehörde gewährte das rechtliche Gehör und machte auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs aufmerksam. Die Beschwerdeführenden reichten danach am 29. April 2016 ein nachträgliches Baugesuch ein für die Sanierung der bestehenden Terrasse im Erdgeschoss mit einer Sicht-/Windschutzmauer. Gleichzeitig reichten sie ein Gesuch ein für eine wasserbaupolizeiliche Ausnahmbewilligung. Ausserdem legten sie einen Versammlungsbeschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft bei, aus welchem hervorgeht, dass der Bereich mit der erstellten Mauer der Sondernutzung der Beschwerdeführenden übertragen worden ist.

2. Mit Bericht vom 20. Juni 2016 beantragte der Obergeringenieurkreis I des Tiefbauamtes des Kantons Bern (TBA OIK I), dem Projekt nicht zuzustimmen, weil keine wasserbaupolizeiliche (Ausnahme-)Bewilligung ausgestellt werden könne. Mit Verweis auf diesen Bericht erteilte die Stadt Thun mit Entscheid vom 29. November 2016 dem nachträglichen Baugesuch den Bauabschlag und ordnete an, die erstellte Sicht- und Windschutzmauer bis am 1. Februar 2017 abzubrechen.

3. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 23. Dezember 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein mit folgenden Anträgen:

«Es sei der Bauabschlag mit Wiederherstellung vom 29. November 2016 aufzuheben und es sei das eingereichte Baugesuch vom 29. April / 2. Mai 2016 zu bewilligen.

Eventualiter: *Es sei der Bauabschlag mit Wiederherstellung vom 29. November 2016 aufzuheben und das eingereichte Baugesuch vom 29. April / 2. Mai 2016 mit Bedingungen und Auflagen zu bewilligen.*

Subeventualiter: Es sei der Bauabschlag mit Wiederherstellung vom 29. November 2016 aufzuheben und es sei das eingereichte Baugesuch vom 29. April / 2. Mai 2016 mit einer Sicht- und Windschutzmauer wie anbegehrt jedoch bis zu einer Höhe von 1,2 Meter ab bestehendem Terrain zu bewilligen oder für bewilligungsfrei zu erklären.

Subsubeventualiter: Die Akten seien zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -»

Zur Begründung bringen die Beschwerdeführenden insbesondere vor, die erstellte Wind- und Sichtschutzmauer verschlechtere weder den Zugang zum E._____ noch gefährde sie dieses oder verursache zusätzliche Aufwendungen im Wasserbau- und Gewässerunterhalt. Zudem seien in der Umgebung offenbar zahlreiche wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligungen erteilt worden und es sei nicht ersichtlich, weshalb den Beschwerdeführenden schon aus Gründen der Gleichbehandlung eine Ausnahmegewilligung verwehrt werden sollte. Schliesslich sei das Bauvorhaben ohnehin bestandesgeschützt.

4. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Vorinstanz und der Obergeringenieurkreis I hielten an ihren Ausführungen fest, ohne einen Antrag zu stellen. Das Rechtsamt führte danach im Beisein der Beschwerdeführenden, einer Vertretung der Vorinstanz und des OIK I am 28. Februar 2017 einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Die Parteien erhielten anschliessend Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen.

5. Auf die Rechtsschriften sowie auf das Ergebnis des Augenscheins 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-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG² mit Wiederherstellungsanordnung. Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden; das Gleiche gilt für Wiederherstellungsverfügungen (Art. 49 BauG). Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführenden sind als Bauherren, Adressaten des angefochtenen Entscheids sowie als sondernutzungsberechtigte Stockwerkeigentümer in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen und zur Beschwerde legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Gewässerraum

a) Die Mauer steht in unmittelbarer Nähe eines Gewässers, dem E._____. Laut Art. 36a Abs. 1 GSchG⁴ (in Kraft seit dem 1. Januar 2011) legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer fest, der erforderlich ist für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, des Schutzes vor Hochwasser und der Gewässernutzung. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten (Art. 36a Abs. 2 GSchG). Die Kantone sorgen dafür, dass der Gewässerraum bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv gestaltet und bewirtschaftet wird (Art. 36a Abs. 3 GSchG). In Art. 41a und Art. 41b GSchV⁵ (in Kraft seit 1. Juni 2011) hat der Bundesrat die Anforderungen an die Festlegung des Gewässerraums näher definiert.

² Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

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

⁴ Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20)

⁵ Gewässerschutzverordnung des Bundesrates vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201)

Die Kantone sind verpflichtet, den Gewässerraum gemäss Art. 36a GSchG bis zum 31. Dezember 2018 festzulegen,⁶ was im Kanton Bern den Gemeinden obliegt (vgl. Art. 5b WBG⁷). Solange die Kantone bzw. Gemeinden den Gewässerraum für Anlagen nach Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV noch nicht bestimmt haben, muss für solche Anlagen nach den Übergangsbestimmungen der GSchV beidseits der Fliessgewässer ein Streifen freigehalten werden, dessen Breite in Abhängigkeit von der bestehenden Gerinnesohle definiert wird. Dieser beträgt entlang von Fliessgewässern mit einer Gerinnesohle von bis zu 12 m Breite beidseitig je 8 m Breite plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle (Abs. 2 Bst. a ÜB GSchV). Die Bestimmungen der GSchV zum Uferstreifen sind seit ihrem Inkrafttreten am 1. Juni 2011 direkt anwendbar; sie bedürfen keiner gesetzgeberischen Umsetzung durch die Kantone. Kantonale Gewässerabstände, die weniger weit gehen als das Bundesrecht, sind daher unbeachtlich. Die übergangsrechtlichen Uferstreifen sollen gewährleisten, dass nach dem Inkrafttreten des revidierten Gewässerschutzrechts bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums durch die Kantone keine unerwünschten neuen Anlagen errichtet werden. Ihnen kommt insoweit die Funktion einer Planungszone zu.⁸

b) Art. 43 Abs. 1 des Baureglements der Stadt Thun⁹ bestimmt, dass beidseitig der im Hinweisplan dargestellten Fliessgewässer ein Bauabstand von 10 m ab oberer Böschungskante einzuhalten ist. Zwar ist das E._____ in diesem Hinweisplan verzeichnet, womit Art. 43 Abs. 1 BR grundsätzlich anwendbar ist. Bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung geht jedoch hervor, dass diese Bestimmung nicht den bundesrechtlich vorgesehenen Gewässerraum definiert, sondern nur einen allgemein einzuhaltenden "Bauabstand" zu Fliessgewässern vorschreibt. Dieser allgemein festgelegte Bauabstand ist nicht mit dem Gewässerraum gleichzusetzen. So ist der Gewässerraum in Abhängigkeit von der konkreten Gewässerbreite und damit situativ zu bestimmen, während Art. 43 Abs. 1 BR einen pauschalen Abstand zu jeglichen Fliessgewässern von 10 m vorsieht. Zudem ist der bis heute unverändert gebliebene Art. 43 BR bereits im Baureglement von 2002 enthalten und trat damit lange vor der bundesrechtlichen Vorgabe zur Ausscheidung eines Gewässerraums im Jahr 2011 in Kraft.

⁶ GSchV, Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 4. Mai 2011 (ÜB GSchV)

⁷ Gesetz vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11)

⁸ Vgl. BGE 140 II 428 E. 2.3 m.w.H.; VGE 2016/234 vom 25. November 2016 E. 2.1; BDE vom 27. Juni 2016, RA-Nr. 110/2016/7

⁹ Baureglement der Stadt Thun, Juni 2002 (BR)

Die Stadt Thun hat die bundesrechtlichen Vorgaben gemeinderechtlich also noch nicht umgesetzt. Für den Gewässerraum ist deshalb auf die bundesrechtlichen Übergangsbestimmungen abzustellen.

c) Die Gerinnesohle des E._____ ist an der strittigen Stelle deutlich weniger als einen Meter breit. In Anwendung von Abs. 2 Bst. a ÜB GSchV beträgt der Gewässerraum somit beidseitig je 8 m plus die Breite der bestehenden Gerinnesohle des Bächleins. Die Wind- und Sichtschutzmauer ist weniger als zwei Meter vom Bächlein entfernt.¹⁰ Die Mauer befindet sich damit im Gewässerraum des E._____ und erfordert daher sowohl eine kantonale Wasserbaupolizeibewilligung gemäss Art. 48 WBG (nachfolgend E. 3) als auch eine Bewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV (nachfolgend E. 4). Zudem steht sie innerhalb des gemeinderechtlichen Bauabstands zu Fliessgewässern und erfordert daher eine Ausnahme.

3. Wasserbaupolizeiliche Bewilligung

a) Art. 48 Abs. 1 WBG bestimmt, dass Bauten und Anlagen im Gewässerraum einer Wasserbaupolizeibewilligung bedürfen. Gemäss Absatz 3 dieser Bestimmung erteilt die zuständige Stelle der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion die Bewilligung, wenn das Vorhaben das Gewässer, den Gewässerunterhalt und den Wasserbau nicht beeinträchtigt. Was unter einer solchen Beeinträchtigung zu verstehen ist, wird in Art. 39a WBV¹¹ näher umschrieben. Demnach sind das Gewässer, der Gewässerunterhalt und der Wasserbau unter anderem beeinträchtigt, wenn das Gewässer oder Schutzbauten gefährdet oder beeinträchtigt werden (Art. 39a Bst. a WBV), der Zugang zum Gewässer behindert wird (Bst. b) oder infolge des Vorhabens künftig zusätzliche Aufwendungen bei Wasserbau oder Gewässerunterhalt zu erwarten sind (Bst. h). Liegt eine Beeinträchtigung vor, so ist eine Ausnahme nur möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 48 Abs. 4 WBG).

b) Nach Ansicht des TBA OIK I, der vorliegend zuständigen Stelle der BVE, kann gestützt auf Art. 48 WBG keine wasserbaupolizeiliche Bewilligung erteilt werden, weil das

¹⁰ Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 3 und 4; Erläuterungsbericht von F._____ ag vom 17. März 2017

¹¹ Wasserbauverordnung vom 15. November 1989 (WBV; BSG 751.111.1)

E._____ durch die Wind- und Sichtschutzmauer beeinträchtigt werde. Die Fachbehörde vertritt die Ansicht, die Tatbestände von Art. 39a Abs. 1 Bst. a, b und h WBV seien erfüllt.¹² Die Schutzbauten des Bächleins würden nicht mehr dem heutigen Stand entsprechen und müssten früher oder später erneuert werden. Für wasserbauliche Arbeiten müsse einerseits ausreichend Platz vorhanden sein; so habe praxisgemäss beidseitig des Gewässers ein Abstand von 5 m zu bestehen und das vorgeschriebene Lichtraumprofil 4.5 m zu betragen.¹³ Die Mauer stehe andererseits auf einer Uferböschung. Bei Wasserbauarbeiten könne ein Aushub dieser Böschung bis zu ca. einem Meter notwendig werden. Diesfalls müsste die Mauer zusätzlich stabilisiert werden.¹⁴ Ohne die Mauer hätte die Terrasse unter anschliessender Wiederherstellung allenfalls auch als Deponie für den Bauaushub oder sonstiges Baumaterial dienen können.¹⁵ Eine Ausnahmegewilligung könne mangels Vorliegen wichtiger Gründe ebenfalls nicht erteilt werden.

Die Beschwerdeführenden halten dem im Wesentlichen entgegen, die Mauer habe keinen Einfluss auf allfällige wasserbauliche Unterhaltsarbeiten. Weder werde der Zugang zum Gewässer verschlechtert noch werde das E._____ in anderer Weise beeinträchtigt. Insbesondere bleibe auch mit der strittigen Mauer genügend Raum für wasserbauliche Unterhaltsarbeiten. Die gesetzgeberischen Ziele sowie die Kriterien von Art. 48 Abs. 1 WBG würden durch die Mauer nicht tangiert.

c) Das Rechtsamt konnte sich anlässlich des Augenscheins vom 28. Februar 2017 selbst ein Bild von den örtlichen Begebenheiten machen. Die Sicht- und Windschutzmauer wurde als Verlängerung der nordöstlichen Hausfassade am Terrassenende der Beschwerdeführenden auf einer vorbestehenden Uferböschung errichtet. Das E._____ ist am strittigen Ort in offener Betonhalbschale geführt und weist eine Sohlenbreite von ca. 0.3 m auf. Auf der gegenüberliegenden Uferseite der Mauer ist eine kleinere Grünfläche, welche gemäss Benutzungs- und Verwaltungsreglement der Stockwerkeigentümergeinschaft G._____ als Stewi-Platz benutzt werden kann.¹⁶

¹² Amtsbericht des TBA OIK I vom 20. Juni 2016

¹³ Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 6, Votum H._____

¹⁴ Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 4 und 5, Votum H._____

¹⁵ Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 6, Votum H._____

¹⁶ Fotos Nrn. 5 - 7 der Fotodokumentation zum Augenschein vom 28. Februar 2017; Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 3 und 4; Anhang I zum Benutzungs- und Verwaltungsreglement der Stockwerkeigentümergeinschaft der Liegenschaft Thun-Strättligen-Gbbl. Nr. D._____ G._____weg
26

Das E. _____ fließt entlang der Wohnhäuser durch das Quartier und mündet in ein Becken bei einem Spielplatz.¹⁷ Entlang der besichtigten Stellen befinden sich u.a. eine Holz- und eine Steinmauer¹⁸ sowie ein Gartenhäuschen¹⁹ in unmittelbarer Ufernähe. Auch das Haus der Beschwerdeführenden sowie das Nachbarhaus an der H. _____ halten den heute geforderten Gewässerraum nicht frei.²⁰

d) Aus dem Gesagten geht hervor, dass für wasserbauliche Arbeiten am E. _____ allgemein und am strittigen Ort wenig Raum besteht. Die Steinmauer ist ca. 1.80 m hoch, 1.90 m lang sowie 20 cm breit und ist in die uferangrenzende Böschung des E. _____ hineingebaut. Das Fundament der Mauer ist gemäss Angaben der Beschwerdeführenden rund ein Meter dick. Für das Fundament sei das Material ausgehoben und anschliessend mit Beton aufgeschüttet worden.²¹ Bei wasserbaulichen Arbeiten muss allenfalls diese Uferböschung ausgehoben und die Mauer abgestützt werden. Eine solche gewässernahe Steinmauer mit Foundation in einer abzugrabenden Uferböschung stellt damit zusätzliche Anforderungen an die Planung und die Arbeitsausführung der Wasserbaupflichtigen, weshalb mit potentiell Mehraufwand bei Wasserbau oder Gewässerunterhalt zu rechnen ist. Die entsprechenden Ausführungen der Fachbehörde sind nachvollziehbar und die BVE sieht keine Veranlassung, von diesen abzuweichen. Es trifft zwar zu, dass von der Mauer aktuell keine unmittelbare Beeinträchtigung für das Bächlein selbst ausgeht. Solches wurde von der Fachbehörde auch nicht geltend gemacht. Es ist allerdings nicht notwendig, dass sich die Mauer bereits zum heutigen Zeitpunkt merkbar störend auswirkt. Art. 48 WBG schützt den Gewässerraum auch vor absehbaren Beeinträchtigungen bei künftigen Wasserbauvorhaben. Der Gewässerraum ist unabhängig davon zu schützen, ob sich eine Beeinträchtigung aktuell auf konkrete wasserbauliche Projekte auswirkt, ansonsten der Grundsatz der Freihaltung des Gewässerraums von störenden Bauten und Anlagen unterlaufen würde. Ebenfalls einleuchtend sind die Darstellungen des TBA OIK I, wonach mit der Mauer die Bewegungsfreiheit der Wasserbaupflichtigen verschlechtert wird. Die Mauer befindet sich weniger als zwei Meter vom Bächlein entfernt; der Schwenkbereich für Maschinen wird somit beeinträchtigt.²² Diese Einschränkung stellt eine Erschwerung des

¹⁷ Fotodokumentation zum Augenschein vom 28. Februar 2017

¹⁸ Fotos Nrn. 21 und 22 der Fotodokumentation zum Augenschein vom 28. Februar 2017

¹⁹ Fotos Nrn. 16 und 17 der Fotodokumentation zum Augenschein vom 28. Februar 2017

²⁰ Fotos Nrn. 4 - 5, 7 und 13 - 15 der Fotodokumentation zum Augenschein vom 28. Februar 2017

²¹ Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 5, Votum J. _____

²² Vgl. auch BVR 1992 S. 109 E. 3.a)

Zugangs dar. Dies gilt umso mehr, als der Zugang grundsätzlich von beiden Seiten des Gewässers offen zu halten ist und die Terrassenfläche durch die Mauer zusätzlich versperrt wird.²³ Nicht von Bedeutung ist, ob das E._____ an der strittigen Stelle eine nur geringe Sohlenbreite aufweist. Die zuständige Fachbehörde, das TBA OIK I, hat ausreichend und schlüssig dargelegt, weshalb die Mauer den Wasserbau und den Gewässerunterhalt beeinträchtigt. Das Einholen eines Gutachtens, wie es die Beschwerdeführenden beantragen, ist nicht notwendig. Dasselbe gilt für das Einholen einer Stellungnahme des kantonalen Gewässerschutzamtes (recte: Amt für Wasser und Abfall, AWA) bzw. für die Einladung eines Amtsvertreters des AWA an den Augenschein. Mit diesen Beweismassnahmen wären keine massgeblichen neuen Ergebnisse zu erwarten gewesen. Zuständige Fachstelle für Fragen des Wasserbaus und des Gewässerraums ist das TBA, nicht das AWA. Die entsprechenden Anträge der Beschwerdeführenden sind abzuweisen.

e) Weil die Voraussetzungen einer ordentlichen wasserbaupolizeilichen Bewilligung nicht erfüllt sind, stellt sich die Frage nach einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 48 Abs. 4 WBG. Eine solche ist nur möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Wie überall im Umgang mit Gewässer sind zudem die Planungs- und Handlungsgrundsätze des Art. 15 WBG zu berücksichtigen. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, beurteilt sich nach den gleichen Grundsätzen, wie sie die Praxis für die Anwendung der Vorschrift von Art. 26 BauG entwickelt hat.²⁴ Als Ausnahmegrund kommen also Verhältnisse der Bauherrschaft in Betracht, die sich auf Zweck, Umfang oder Gestaltung seines Bauvorhabens beziehen und in den geltenden Vorschriften nicht genügend Berücksichtigung finden. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Es sollen ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten vermieden werden. Der Ausnahmegrund ist keine absolute Grösse. Ob ein bestimmter Sachverhalt als wichtiger Grund zu genügen vermag, hängt vielmehr von drei Komponenten ab, nämlich vom Interesse der Bauherrschaft an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung. Eine Ausnahme ist umso eher gerechtfertigt, je weniger die Ziele der Bauvorschriften gefährdet

²³ Vgl. dazu auch BVR 1992 S. 109 E. 3.a)

²⁴ Erläuterungen zum WBG, Bern 1989, Ziff. 4 zu Artikel 48 WBG, S. 150

werden. Der blosse Wunsch nach einer optimalen Lösung oder einer besseren Nutzung genügt nicht.²⁵

Mit der errichteten Steinmauer beabsichtigen die Beschwerdeführenden einerseits einen besseren Wind- und Sichtschutz für ihre Terrasse. Andererseits soll die verwendete Materialisierung Wärme speichern und in den Abendstunden ein behagliches Klima zur Nutzung der Terrasse schaffen. Dieses Vorhaben kommt dem Wunsch nach einer Ideallösung gleich. Die bequemere Terrassennutzung ist kein besonderer Einzelfall im Sinne des Gesetzes und vermag keinen wichtigen Grund für eine Ausnahmegewilligung darzustellen. Dies gilt umso mehr, als die Mauer den Abstand zum Gewässer deutlich unterschreitet. In der Benützung der Terrasse wie bis anhin, also ohne Wind- und Sichtschutzmauer, liegt keine unverhältnismässige Härte. Eine Ausnahmegewilligung wurde zu Recht nicht erteilt. Auf die von den Beschwerdeführenden in diesem Zusammenhang geltend gemachte Besitzstandsgarantie ist untenstehend näher einzugehen (nachfolgend E. 5).

f) An den vorstehenden Ausführungen vermögen auch die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführenden nichts zu ändern. So machen sie geltend, das Bächlein müsste an der strittigen Stelle eigentlich eingedolt sein. Zwar kann gemäss Art. 41a Abs. 5 GschV bei eingedolten Gewässern auf die Festlegung eines Gewässerraums verzichtet werden.²⁶ Eine entsprechende gemeinderechtliche Umsetzung ist nicht ersichtlich. An der rechtlichen Beurteilung vermag die Frage der Eindolung deshalb nichts zu ändern. Ebenfalls nicht von Bedeutung ist, ob das E. _____ aufgrund eines natürlichen oder künstlichen Verlaufs auf der Parzelle Thun-Strättligen Grundbuchblatt Nr. D. _____ durchfliesst. Die Beschwerdeführenden reichten zudem einen Beurteilungsbericht der F. _____ ag zur Sicht- und Windschutzmauer ein. Dieser als Parteigutachten zu qualifizierende Bericht vermag die Ausführungen der Fachbehörde ebenfalls nicht in Zweifel zu ziehen. So setzt sich der Bericht nicht mit den Vorbringen des TBA OIK I auseinander, wonach bei einer Sanierung in die Uferböschung gegraben und die Mauer stabilisiert werden müsste. Vielmehr geht der Bericht davon aus, es seien gar keine Unterhaltsarbeiten notwendig. Ob dem tatsächlich so ist, wird durch die Stadt Thun momentan abgeklärt²⁷, bedarf für den

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 26-27 N. 4 und 5a

²⁶ Arbeitshilfe Gewässerraum Kanton Bern, 2015, S. 21 f.

²⁷ Stellungnahme der Stadt Thun vom 27. März 2017

vorliegenden Entscheid aber keiner abschliessenden Beurteilung. Der einer Planungszone ähnliche bundesrechtliche Gewässerraum ist so oder anders von unerwünschten neuen Bauten und Anlagen freizuhalten, bis die Kantone bzw. Gemeinden den Gewässerraum festgelegt haben. Der Bericht geht zudem von einem ausreichenden Zugang für Baumaschinen aus, zumal diese genügend Möglichkeiten hätten, das Grundstück zu befahren und Material zu transportieren. Der rechtliche Zugang umfasst, wie dargelegt, aber auch eine beeinträchtigungsfreie Arbeitsausführung, weshalb namentlich der Schwenkbereich der Baumaschinen freizuhalten ist. Für den Fall eines erweiterten Aushubbedarfs anerkennt der Bericht schliesslich ebenfalls die Notwendigkeit zusätzlicher Massnahmen, indem die Mauer temporär abzubauen oder mit einer Verspriesung auf die Sitzplatzseite zu sichern wäre.

g) Zusammenfassend ist die im Gewässerraum stehende Mauer geeignet, eine Beeinträchtigung des Wasserbaus und des Gewässerunterhalts zu schaffen. Gestützt auf Art. 48 WBG i.V.m. Art. 39a WBV kann deshalb keine ordentliche wasserbaupolizeiliche Bewilligung erteilt werden. Wichtige Gründe für eine Ausnahmegewilligung sind ebenfalls nicht ersichtlich. Die Vorinstanz verweigerte eine Wasserbaupolizeibewilligung zu Recht.

4. Ausnahmegewilligung nach Art. 41c GschV

a) Wie erwähnt, würde die Mauer selbst bei erfüllten Voraussetzungen von Art. 48 WBG eine Bewilligung gemäss Art. 41c GSchV erfordern. Nach Art. 41c Abs. 1 dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen erstellt werden. In dicht überbauten Gebieten kann die Behörde jedoch für zonenkonforme Anlagen Ausnahmen für das Bauen im Gewässerraum bewilligen, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41c Abs. 1 Bst. a GschV). Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung im "dicht überbauten Gebiet" ist, dass Siedlungsgebiete verdichtet und Baulücken genutzt werden können, sofern das Interesse an der Nutzung überwiegt.²⁸ Ob ein Gebiet dicht überbaut ist, entscheidet im Kanton Bern gemäss Art. 5b Abs. 3 WBG das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR). Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV darf die künftige Gewässerraum- und

²⁸ Vgl. BGE 140 II 428 E. 3.4; BDE vom 18. August 2016, RA-Nr. 110/2016/48

Revitalisierungsplanung nicht erschweren und ihr (soweit sie bereits konkretisiert ist) nicht widersprechen.²⁹

b) Eine Wind- und Sichtschutzmauer ist in der Wohnzone W2 zwar zonenkonform. Im Gewässerraum ist sie aber weder standortgebunden noch liegt sie im öffentlichen Interesse. Allerdings hielt das AGR mit Amtsbericht vom 6. Juni 2016 fest, das Bauprojekt befinde sich im dicht überbauten Gebiet.³⁰ Damit wäre eine Ausnahmegewilligung möglich, sofern mit der Mauer eine weitere Verdichtung erreicht wird und das von den Beschwerdeführenden verfolgte Ziel, die angenehmere Benützung der Terrasse, einer Interessenabwägung standzuhalten vermöchte. Ob diese Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung erfüllt sind, ist fraglich. Dies gilt umso mehr, als die Stadt Thun momentan Abklärungen betreffend den Gewässerunterhalt vornimmt und die allfälligen Gewässerraum- und Revitalisierungsplanungen durch die Mauer erschwert würden. Die Bewilligungsfähigkeit nach Art. 41c Abs. 1 GschV braucht indes nicht abschliessend beurteilt zu werden; dem Bauvorhaben stehen bereits auf kantonaler Ebene massgebende wasserbaupolizeiliche Vorschriften entgegen.

5. Besitzstandsgarantie

a) Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, vormals rechtmässig erstellte und bestimmungsgemäss nutzbare Anlagen im Gewässerraum würden in ihrem Bestand geschützt. Dies treffe auf die Terrasse und damit auch auf die Wind- und Sichtschutzmauer, welche eine zeitgemässe Erneuerung der Terrasse darstelle, zu.

b) Auf Bundesebene sind gemäss Art. 41c Abs. 2 GschV Anlagen sowie Dauerkulturen nach Artikel 22 Absatz 1 Buchstaben a - c, e und g - i LBV³¹ in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt, sofern sie rechtmässig erstellt wurden und bestimmungsgemäss nutzbar sind. Nicht gestattet sind hingegen Umbauten, Erweiterungen oder Nutzungsänderungen.³²

²⁹ BGE 140 II 428 E. 6.2

³⁰ Vorakten, pag. 22 f.

³¹ Landwirtschaftliche Begriffsverordnung des Bundesrats vom 7. Dezember 1998 (LBV; SR 919.91)

³² Christoph Fritzsche, in: Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 36a N 136

Die Kantone verfügen über Spielraum, eine gegenüber der Bundesregelung weiter gehende Besitzstandsgarantie für Anlagen in das kantonale Recht aufzunehmen.³³ Der Kanton Bern hat mit der Revision des WBG Art. 11 Abs. 2 Bst. b BauG, welcher eine Besitzstandsgarantie für Bauten im Gewässerraum normierte, aufgehoben, ohne eine ähnliche Bestimmung in das WBG oder die WBV zu übertragen. Die Besitzstandsgarantie in der Bauzone richtet sich somit nach Art. 3 BauG.³⁴ Demnach werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt und dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch die Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut und erweitert werden.³⁵ Umbauten und Erweiterungen altrechtlicher Bauten sind gemäss Art. 3 Abs. 2 BauG aber nur so weit zulässig, als dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird. Eine verstärkte Rechtswidrigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 BauG liegt vor, wenn das Interesse, das durch die verletzte Vorschrift geschützt werden soll, stärker beeinträchtigt wird. Eine solche stärkere Beeinträchtigung ist unter anderem dann gegeben, wenn das Vorhaben in seinen Auswirkungen zu einer Verschlechterung des bereits rechtswidrigen Zustandes führt.³⁶

Auf kommunaler Ebene schliesslich sieht Art. 43 Abs. 1 BR vor, dass bestehende Bauten und Anlagen im bestehenden Umfang erneuert und unterhalten werden dürfen, wobei sich diese Regelung nur auf den dort normierten Bauabstand bezieht.

c) Die bereits vorbestehende Terrasse befindet sich teilweise im Gewässerraum und dürfte als solche wohl bestandesgeschützt sein. Für den Wind- und Sichtschutz wurde aber ein massives Betonfundament neu erstellt und darauf eine ca. 1.80 m hohe Steinmauer errichtet. Die Mauer ist ein neues Element. Sie geht damit über eine blosser zeitgemässer Erneuerung bzw. einen Unterhalt der vorbestehenden Terrasse hinaus und kann nur dann bestandesgeschützt sein, wenn sie die Rechtswidrigkeit nicht verstärkt. Dies ist, wie dargelegt, nicht der Fall. Mit der Mauer im Gewässerraum ist ein Mehraufwand beim Gewässerunterhalt und Wasserbau zu erwarten. Weil weder eine Erneuerung noch ein Unterhalt vorliegt, ist die Mauer auch von Art. 43 Abs. 1 BR, sollte die Norm für sich

³³ Fritzsche, a.a.O., Art. 36a N 142, m.w.H.

³⁴ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 11 N 11

³⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 18

³⁶ BVR 1997 S. 223 E. 7 c) cc)

genommen überhaupt eine Besitzstandsgarantie im Gewässerraum zu begründen vermögen, nicht erfasst. Die Mauer geniesst demnach keinen Bestandesschutz.

6. Gleichbehandlung im Unrecht

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Vorinstanz habe in den vergangenen Jahren zahlreiche wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligungen im Bereich des strittigen Grundstücks erteilt. Es sei nicht ersichtlich, weshalb sie schon aus Gründen der Gleichbehandlung keine Ausnahmegewilligung erhalten sollten.

b) Das Gebot rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV³⁷ ist ein selbständiges verfassungsmässiges Recht. Es garantiert in allgemeiner Weise die Gleichbehandlung von Personen durch alle staatlichen Organe. Die Rechtsgleichheit gebietet, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewandt worden ist, gibt dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Denn der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Rechtsgleichheitsprinzip, und damit dem Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, in der Regel vor.³⁸ Auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht jedoch grundsätzlich ein Anspruch, wenn die Behörde nicht nur in einem oder einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform handeln werde.³⁹ Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, können diesen öffentlichen Interessen oder berechtigten Interessen Dritter an gesetzmässiger Rechtsanwendung entgegenstehen.⁴⁰

c) Anlässlich des Augenscheins vom 28. Februar 2017 konnten weitere Bauten und Anlagen wie Holz- und Steinmauern und sogar Wohnhäuser im Gewässerraum des E. _____ besichtigt werden.⁴¹ Das Rechtsamt der BVE verlangte in der Folge einige

³⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

³⁸ BGE 122 II 451 E. 4a m.w.H.

³⁹ Vgl. BGE 127 I 2 E. 3a

⁴⁰ Vgl. BGE 123 II 248 E.3c

⁴¹ Vgl. insbesondere Fotos Nrn. 13 - 17 und 21 - 22 der Fotodokumentation zum Augenschein vom 28. Februar 2017

diesbezügliche wasserbaupolizeilichen Unterlagen. Der Bauinspektor der Stadt Thun hat noch am Augenschein selbst ausgeführt, er habe diverse baupolizeilich relevante Sachverhalte gesehen.⁴² Auch mit Eingabe vom 27. März 2017 hielt das Bauinspektorat Thun fest, betreffend einiger besichtigten Bauten und Anlagen würden baupolizeiliche Verfahren laufen bzw. es seien solche eröffnet worden. Die Stadt hat im vorliegenden Verfahren damit gezeigt, dass sie rechtswidrige Zustände prüft und entsprechende Schritte einleitet. Auch aus dem angefochtenen Bauabschlag mit Wiederherstellungsanordnung vom 29. November 2016 geht hervor, dass die Stadt Thun widerrechtlichen Bauten grundsätzlich keinen Rechtsschutz zuteil werden lässt. Die Stadt stützte sich vorliegend auf die Beurteilung des TBA OIK I.⁴³ Das TBA OIK I seinerseits erklärte am Augenschein, die Beurteilung sei in Anwendung der gängigen Praxis erfolgt.⁴⁴ Damit kann nicht gesagt werden, die involvierten Behörden würden in ständiger Praxis vom Gesetz abweichen. Nichts anderes ergibt sich aus den vom Rechtsamt zusätzlich eingeholten wasserbaupolizeilichen Akten. Überdies lässt sich aus einer bereits erfolgten Beeinträchtigung des Gewässers kein Recht auf weitere Beeinträchtigung ableiten. Dies gilt unabhängig davon, ob dem Gewässer am strittigen Standort eine grosse Bedeutung zukommt oder nicht.⁴⁵ Schliesslich vermögen die Beschwerdeführenden auch aus dem von ihnen erwähnten Wohnhaus im Gewässerraum an der I. _____ nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Wie aus den Bauakten zur I. _____ hervorgeht, hat das TBA OIK I im Amtsbericht vom 17. April 2009 zu diesem Bauprojekt festgehalten, dem Vorhaben könne nur ausnahmsweise entsprochen werden, da dadurch die Länge des offenen Gewässers zunehme und der neue Gewässerverlauf offener gestaltet werde.⁴⁶ Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich. Es besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

Die Beschwerdeführenden beantragen in diesem Zusammenhang die Edierung sämtlicher Bauakten seit 1988 für die Grundstücke Thun-Strättligen Grundbuchblatt Nrn. L. _____, M. _____, N. _____, O. _____, P. _____, Q. _____, R. _____ und S. _____ bzw. das Einholen einer Stellungnahme bei der Vorinstanz oder dem zuständigen Regierungsstatthalteramt betreffend entsprechender Ausnahmegewilligungen.

⁴² Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 10, Votum K. _____

⁴³ Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 5, Votum K. _____

⁴⁴ Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 9, Votum H. _____

⁴⁵ Vgl. auch BVR 1992 S. 109 E. 3b

⁴⁶ Eingeholte wasserbaupolizeiliche Akten zur I. _____ strasse 47, pag. 31

Soweit diese Beweisanträge über die vom Rechtsamt eingeholten Akten, die damit verbundene Stellungnahme der Vorinstanz vom 27. März 2017 sowie die Abklärungen anlässlich des Augenscheins vom 28. Februar 2017 hinausgehen, versprechen sie keine neuen Erkenntnisse und sind insoweit abzuweisen.

7. Bedingungen und Auflagen, Herabsetzung der Mauerhöhe

a) Die Beschwerdeführenden beantragen eventualiter, das Baugesuch mit Bedingungen und Auflagen zu bewilligen. Sie führen in ihrer Beschwerde vom 23. Dezember 2016 aber nicht weiter aus, welche Bedingungen und Auflagen zur Bewilligungsfähigkeit der Mauer führen könnten. Solche sind denn auch nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführenden erklärten sich zwar bereit, die Mauer auf eigene Kosten zu demontieren, sollte diese eine Behinderung der Wasserbaumassnahmen darstellen. Gemäss Art. 28 Abs. 1 BauG kann die Baubewilligungsbehörde die Erstellung kleiner und leicht entfernbarer Bauten und Anlagen in Abweichung von Bauvorschriften, namentlich auch von Baulinien, auf zusehen hin bewilligen. Dies ist bei Bauten an Gewässern oder Wald aber nur möglich, wenn die dafür zuständige Behörde zugestimmt hat (Bst. c). Zwar beantragten die Beschwerdeführenden keine solche Ausnahmegewilligung, die Voraussetzungen wären aber ohnehin nicht erfüllt gewesen. Die strittige Mauer war und ist fest mit dem Boden verbunden und nicht leicht entfernbar, zumal sich insbesondere die im Boden verankerte Foundation aus Beton beeinträchtigend auswirkt. Und die zuständige Behörde, das TBA OIK I, hat die Zustimmung nicht erteilt.⁴⁷

b) Die Beschwerdeführenden beantragen weiter, die Mauer bis zu einer Höhe von 1.20 m ab bestehendem Terrain zu bewilligen oder für bewilligungsfrei zu erklären. 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). Keiner Baubewilligung bedürfen insbesondere der Unterhalt von Bauten und Anlagen, für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben. Im Übrigen bestimmt das Baubewilligungsdekret

⁴⁷ Protokoll des Augenscheins vom 28. Februar 2017, S. 9 und 10, Voten RA C. _____ und H. _____

die baubewilligungsfreien Bauvorhaben (Art. 1b Abs. 1 BauG). So zählen die Art. 6 und 6a BewD⁴⁸ detailliert auf, welche Vorhaben baubewilligungsfrei sind. Dazu gehören insbesondere bis zu 1.20 m hohe Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen zur Umgebungsgestaltung bis zu 100 Kubikmeter Inhalt (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Dass solche Bauten und Anlagen baubewilligungsfrei sind, gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Betrifft ein Bauvorhaben nach Artikel 6 und 6a BewD den geschützten Uferbereich, den Wald, ein Naturschutz- oder Ortsbilschutzgebiet, ein Naturschutzobjekt, ein Baudenkmal oder dessen Umgebung und ist das entsprechende Schutzinteresse betroffen, ist es baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 2 BewD).

Weil sich die Wind- und Sichtschutzmauer im Gewässerraum des E._____ befindet, greift die Ausnahmeregelung von Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD nicht (Art. 7 Abs. 2 BewD). Die Mauer bedürfte mit anderen Worten auch mit einer Höhe bis zu 1.20 m einer Baubewilligung. Inhaltlich ändert sich an der mangelnden Bewilligungsfähigkeit ebenfalls nichts; die vorstehenden Ausführungen gelten unverändert auch für eine geringere Mauerhöhe von 1.20 m, zumal die Foundation unverändert bleibt. Es kann insoweit auf das bereits Gesagte verwiesen werden.

8. Wiederherstellung

a) Wird in einem nachträglichen Baugesuch der Bauabschlag erteilt, ist zugleich über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bzw. die Beseitigung des widerrechtlich herbeigeführten Sachverhaltes zu entscheiden (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellungsanordnung 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.⁴⁹

⁴⁸ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁴⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

b) Mit der Wiederherstellung soll vorliegend der Gewässerraum von störenden Bauten freigehalten und der gewässerbauliche Unterhalt des E._____ sichergestellt werden. Die Freihaltung des Gewässerraums stellt ein gewichtiges öffentliches Interesse dar. Die Beschwerdeführenden stellen dies soweit ersichtlich nicht in Abrede, halten aber dafür, dass die Mauer diesem Ziel nicht im Wege stehe. Dies trifft, wie dargelegt, nicht zu. Mit der Mauer werden potentielle wasserbauliche Arbeiten erschwert. Von der Mauer geht demnach eine Beeinträchtigung aus, und zwar unabhängig davon, ob sich diese zum aktuellen Zeitpunkt bereits auswirkt. Dies gilt umso mehr, als die Stadt Thun gemäss Art. 43 Abs. 3 BR die Renaturierung von beeinträchtigten und eingedolten Fliessgewässerabschnitten, die Sicherung und Verbesserung der Gewässerfunktionen sowie die Vernetzung der Lebensräume von Pflanzen und Tieren fördert. Die angeordnete Wiederherstellung liegt im öffentlichen Interesse.

c) Der Rückbau der strittigen Mauer am E._____ ist geeignet, um den Gewässerraum nicht weiter zu beeinträchtigen und dadurch den Zielen und Festlegungen des geschützten Uferraums nachzukommen. Für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands ist dieser Rückbau auch notwendig. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, sind hier nicht ersichtlich. So ist eine teilweise Wiederherstellung auf eine verringerte Höhe, wie dargelegt, nicht geeignet, die genannten öffentlichen Interessen zu schützen.

d) Die Wiederherstellung ist auch zumutbar, was von den Beschwerdeführenden zu Recht nicht bestritten wird: Die Beschwerdeführenden haben die Terrasse bis anhin ohne Wind- und Sichtschutzmauer benützt. Dies ist ihnen auch weiterhin ohne weiteres möglich; die Mauer stellt lediglich eine annehmlichkeitssteigernde Ideallösung dar. Ein Wind- und Sichtschutz kann zudem auch durch andere Lösungen, beispielsweise durch eine mobile Konstruktion, erreicht werden. Zwar ist die Wiederherstellung mit finanziellen Aufwendungen für die Beschwerdeführenden verbunden. Dies wäre allerdings mit einem ursprünglichen Baugesuch und Abwarten des Bewilligungsentscheids zu verhindern gewesen. Ein solches Gesuch oder zumindest ein Nachfragen, ob eine Bewilligung notwendig sei, hätte von den Beschwerdeführenden erwartet werden dürfen, denn wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Baubewilligungspflicht erkundigen.⁵⁰ Nach den Akten hat die

⁵⁰ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b

zuständige Behörde nie den Anschein vermittelt, die strittige Mauer könne bewilligungsfrei erstellt werden.

e) Zusammenfassend ist die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde im öffentlichen Interesse sowie verhältnismässig und damit rechtmässig. Da die angesetzte Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes während des Beschwerdeverfahrens abgelaufen ist, setzt sie die BVE neu auf den 31. August 2017 an.

9. Kosten

a) Die Beschwerde vom 23. Dezember 2016 ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG⁵¹). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 900.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV⁵²). Für den Augenschein vom 17. März 2017 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von Fr. 400.– erhoben. Die Verfahrenskosten belaufen sich demnach auf gesamthaft Fr. 1'300.–. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag.

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde vom 23. Dezember 2016 wird abgewiesen. Der Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung der Stadt Thun vom 29. November 2016 wird bestätigt.
2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gemäss Ziffer 2.1 des Entscheids der Stadt Thun vom 29. November 2016 wird neu auf den 31. August 2017 angesetzt.

⁵¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁵² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

3. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'300.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt C._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Obergeringenieurkreis I (TBA OIK I), A-Post

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin