

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2019/82 vom 2.7.2020).

RA Nr. 110/2018/66

Bern, 23. Januar 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin 1

Herrn **B.** _____
Beschwerdeführer 2

beide vertreten durch Herrn Fürsprecher C. _____



und

Herrn **D.** _____
Beschwerdegegner 1

Herrn **E.** _____
Beschwerdegegner 2

Frau **F.** _____
Beschwerdegegnerin 3

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher G. _____ und Frau Rechtsanwältin H. _____

sowie

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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun vom 9. April 2018
(942/2017-0716; Neue Gartengestaltung, Aufschüttung Terrain, Erstellen von neuen
Mauern)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegner 1 bis 3 sind Eigentümer der am Hang gelegenen Wohnliegenschaft Thun Gbbl. Nr. N._____ (Wohnzone W2). Im Rahmen der Gartenumgestaltung erstellte der Beschwerdegegner 2 eine mit Erde hinterfüllte Stützmauer. Im südwestlichen Bereich entstand darauf ein neuer Sitzplatz. In der Hauptausdehnung (Westseite) weist die Stützmauer eine Länge von rund 24 m auf und verläuft praktisch über die gesamte Breite der Parzelle.

Die Stadt Thun stellte fest, dass die Stützmauer baubewilligungspflichtig ist und eröffnete am 30. August 2017 ein baupolizeiliches Verfahren. Am 20. September 2017 reichten die Beschwerdegegner ein nachträgliches Baugesuch ein (datiert vom 15. September 2017). Das Bauvorhaben umfasst die neue Gartengestaltung mit Aufschüttung des Terrains und Erstellen von neuen Mauern. Die Beschwerdeführenden erhoben gegen das Bauvorhaben Einsprache. Am 15. Januar 2018 reichten die Beschwerdegegner eine Projektänderung ein, die eine Rückversetzung des Geländers hinter die Stützmauer vorsieht. Die Beschwerdeführenden hielten an ihrer Einsprache fest.

2. Mit Bauentscheid vom 9. April 2018 erteilte die Stadt Thun dem Vorhaben die Baubewilligung. Als Auflage ordnete sie in Ziffer 1.6 die Pflanzung einer Hainbuchen- oder Ligusterhecke oder einer gleichartigen Hecke (keine Thuja oder Kirschlorbeer) über die ganze Länge der Mauer an. Zudem verlangte sie, dass das Gelände das auf dem Schnittplan dargestellte 45°-Profil einhalten müsse (Ziffer 1.5).

3. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 9. Mai 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen, dem Baugesuch vom 2. Oktober 2017 sei der Bauabschlag zur erteilen. Den Beschwerdegegnern sei eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, unter Androhung der Ersatzvornahme und Strafandrohung im Unterlassungsfalle aufzuerlegen. Im Entscheid sei ihre Rechtsverwahrung vorzumerken.

Sie rügen insbesondere, die Stützmauer sei effektiv höher erstellt worden als auf den Plänen dargestellt. Auch das Gelände zähle zur Gesamthöhe. Massgebend sei die

Böschungsbegrenzungslinie gemäss der BSIG-Empfehlung, welche durch das Vorhaben deutlich überschritten werde. Eine anderslautende Praxis der Stadt Thun sei nicht erwiesen. Der Grenzabstand von 3 m sei nicht eingehalten. Das Vorhaben ordne sich ästhetisch nicht in die Umgebung ein. Die von der Vorinstanz angeordnete Hecke vor der Mauer wäre für die Unterhaltspflege nicht zugänglich. Ausserdem machen sie Sicherheitsmängel beim Geländer und Gefahren für das unterliegende Grundstück geltend.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Beschwerdegegner beantragen mit Beschwerdeantwort vom 11. Juni 2018, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Stadt Thun beantragt mit Stellungnahme vom 15. Juni 2018, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden sei im Entscheid anzumerken.

5. Das Rechtsamt gab den Beteiligten Gelegenheit, sich zu einer ersten Präzisierung der Auflage für die Hecke zu äussern. Zudem bat es die Stadt Thun, ihre Praxis zu Stützmauern zu dokumentieren und die Höhe der Stützmauer zu überprüfen.

Die Beschwerdegegner teilten mit, dass sie mit der Präzisierung der Auflage einverstanden seien. Die Beschwerdeführenden hielten an ihren Rechtsbegehren fest. Für den Fall einer Bestätigung der Baubewilligung beantragten sie weitere Ergänzungen der Auflage. Die Stadt Thun teilte mit, sie sei mit der Präzisierung der Auflage einverstanden. Hinsichtlich der ständigen Praxis des Bauinspektorats bei Stützmauern reichte sie eine von zehn Mitarbeitern des Bauinspektorats unterzeichnete Erklärung ein. Zur Höhe der gebauten Stützmauer hielt sie zusammengefasst fest, für die Nachmessung des Bauvorhabens habe sie den Kreisgeometer beigezogen. Die Nachmessung habe Abweichungen von den Plänen ergeben. Das Bauvorhaben halte die Abstände und Höhen aber deutlicher ein als auf den Plänen dargestellt.

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)

6. Das Rechtsamt gab den Beschwerdegegnern Gelegenheit, korrigierte und vermasste Pläne einzureichen. Ausserdem gab es den Parteien Gelegenheit, sich zu einem zweiten Präzisierungsvorschlag für die Auflage für die Hecke zu äussern.

Die Stadt Thun teilte mit, sie sei mit der vorgeschlagenen Präzisierung der Auflage einverstanden. Die Beschwerdegegner erklärten, aus rechtlicher Sicht bestehe kein Anlass für die Präzisierung der Auflage. Sie seien aber bereit, die vorgeschlagene Präzisierung zu akzeptieren. Am 28. September 2018 (eingegangen am 1. Oktober 2018) reichten die Beschwerdegegner korrigierte Pläne ein (Projektänderung), bestehend aus den Plänen

- Situation 1:500 vom 2.10.2017, rev. 25.09.2018
- Grundriss 1:200 vom 2.10.2017, rev. 25.09.2018
- Schnitte Mauerecke Südwest 1:50 vom 2.10.2017, rev. 25.09.2018

7. Das Rechtsamt gab den Beteiligten Gelegenheit, zur Projektänderung Stellung zu nehmen und Schlussbemerkungen einzureichen.

Die Beschwerdegegner verzichteten auf Schlussbemerkungen. Die Stadt Thun erklärte, sie stimme der Projektänderung zu und verzichte auf Schlussbemerkungen. Die Beschwerdeführenden machten unter anderem geltend, dass die korrigierten Projektpläne immer noch nicht den Gegebenheiten entsprächen. Dazu reichten sie Geländemessungen der P._____ AG ein. Die vorgeschlagene Präzisierung der Auflage erachten die Beschwerdeführenden als ungenügend. An ihren Rechtsbegehren halten sie fest.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Der angefochtene Bauentscheid ist als Gesamtentscheid gemäss Art. 9 KoG² bezeichnet. Da für das Bauvorhaben keine Bewilligungen oder Zustimmungen von anderen Behörden erforderlich waren, kam das koordinierte Verfahren gemäss Art. 1 KoG nicht zur Anwendung. Bauentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden sind als Eigentümer des westlich angrenzenden Grundstücks vom Bauvorhaben besonders berührt und durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert. Sie sind daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Zulässige Höhe und Grenzabstand der Stützmauer

a) Zunächst ist umstritten, welche Höhe die Stützmauer einhalten muss. Die Beschwerdeführenden machen insbesondere geltend, in der Höhe überschreite das Bauvorhaben die Böschungsbegrenzungslinie von 45° gemäss Art. 79h EG ZGB⁴ bei weitem. Gemäss der BSIG-Empfehlung sei diese Böschungsbegrenzungslinie ab gewachsenem Boden bei der Parzellengrenze zu messen. Die Stadt Thun erklärt demgegenüber, die Auslegung in der BSIG widerspreche ihrer langjährigen Praxis. Dazu verweist sie auf Skizzen zur Auslegung von Art. 79h und Art. 79kEG ZGB. Nach ihrer Auslegung, die in Skizze A dargestellt ist, wird die Böschungsbegrenzungslinie von 45° nicht ab gewachsenem Terrain bei der Grenze gezogen, sondern von der Höhe einer (fiktiven) 1,20 m hohen Grenzstützmauer aus gemessen. Die Beschwerdegegner verweisen darauf, dass die BSIG lediglich Empfehlungen darstellten. Die ständige Praxis der Stadt Thun sei gesetzmässig und gehe den BSIG-Empfehlungen vor.

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

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁴ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

b) Im Baureglement von Thun ist die Höhe von Stützmauern nicht geregelt. Gemäss Art. 2 Abs. 2 GBR⁵ sind unter Nachbarn die Eigentumsbeschränkungen sowie die Bau- und Pflanzvorschriften des ZGB und des EG ZGB zu beachten. Nicht jeder Verweis auf das Nachbarrecht des EG ZGB bedeutet, dass diese Bestimmungen damit zu öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften werden. Dies gilt nur, soweit die Gemeinde die zivilrechtlichen Abstandsvorschriften explizit als öffentlich-rechtliche Vorschriften verstanden haben will.⁶ Die entsprechenden Art. 79 ff. EG ZGB werden vorliegend im Anhang 7 zum GBR aufgeführt. Die Wiedergabe dieser Bestimmungen hat allerdings nur hinweisenden Charakter, wie in der Fussnote explizit festgehalten ist.⁷ Die Stadt Thun hat Art. 79 ff. EG ZGB somit nicht als öffentlich-rechtliche Bauvorschriften übernommen. Soweit bestehende Gemeindebauvorschriften einen baurechtlich wesentlichen Sachverhalt nicht oder nur lückenhaft ordnen, gilt das Normalbaureglement als ergänzendes Recht, wenn es eine den Verhältnissen der Gemeinde angemessene Regelung enthält (Art. 70 Abs. 3 BauG und Art. 1 Abs. 2 NBRD⁸). Gemäss Art. 3 NBRD gelten die nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB über Stützmauern und Einfriedungen sowie über die Ausführung der Brandmauern als öffentlich-rechtliche Vorschriften der Gemeinde.⁹

c) Art. 79h Abs. 1 EG ZGB bestimmt, dass das Nachbargrundstück durch Böschungen oder Stützmauern zu sichern ist, wenn längs der Grenze Auffüllungen oder Abgrabungen ausgeführt werden. Böschungsneigungen dürfen höchstens 45° (100 %) betragen (Art. 79h Abs. 2 erster Satz EG ZGB). Die Stützmauer darf an die Grenze gestellt werden. Dient sie der Auffüllung, so darf sie den gewachsenen Boden des höher gelegenen Grundstückes höchstens um 1.20 m überragen (Abs. 3).

Die Totalhöhe von Auffüllungen hinter Stützmauern ist baurechtlich nicht beschränkt, was in der Praxis zu unterschiedlichen Auslegungen von Art. 79h EG ZGB geführt hat.¹⁰ Die BSIG-Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen

⁵ Baureglement 2002 der Stadt Thun, vom Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) genehmigt am 24. Juli 2003 bzw. 27. August 2003

⁶ VGE 21990 vom 15. März 2005, E. 9.1.1

⁷ Vgl. GBR Anhang 7, Fussnote 1

⁸ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13)

⁹ Zum Ganzen Peter Ludwig, Die nachbarrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 79 ff. EG/ZGB in KPG Bulletin 2/1982 S. 23 ff.; BDE vom 23. Januar 2018 E. 3e (RA Nr. 110/2017/12); BSIG Nr. 7/721.0/10.1, Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben, Ziff. 4.2

¹⁰ VGE 2013/148 vom 25.6.2014 E. 4.1

Vorhaben¹¹ gehen von einer Böschungsbegrenzungslinie von 45° aus, die beim Terrain an der Parzellengrenze ansetzt. Massgebend ist die Höhe, welche damit beim zivilrechtlichen Grenzabstand von 3 m (vgl. Art. 79 Abs. 1 EG ZGB) erreicht wird. Wird an der Parzellengrenze zuerst eine Stützmauer von 1.20 m erstellt, wird die daran anschliessende Böschungsbegrenzungslinie in den BSIG-Empfehlungen flacher gezogen, damit sie beim zivilrechtlichen Abstand von 3 m die gleiche Höhe erreicht wie die Böschungsbegrenzungslinie von 45°, die beim Terrain ansetzt. Diese Empfehlung beruht auf der Überlegung, dass Stützmauern nicht dazu dienen dürfen, eine höhere Aufschüttung zu ermöglichen, als ohne Stützmauer mit einer maximalen Böschungsneigung von 45° zulässig wäre. Auffüllungen hinter Stützmauern sind nach der BSIG-Empfehlung so anzulegen, dass ihre Böschungsbegrenzungslinie in einem Abstand von 3 m von der Parzellengrenze (zivilrechtlicher Minimalabstand nach Art. 79 EG ZGB) nicht höher liegt als die Böschungsbegrenzungslinie einer Auffüllung ohne Stützmauer.¹² Damit berücksichtigen die BSIG, dass mit einer Terrainauffüllung Einwirkungen auf das Nachbargrundstück einhergehen, die umso grösser sind, je höher das Terrain aufgefüllt wird. Das Verwaltungsgericht erachtet die BSIG-Empfehlungen zur Höhenbeschränkung von Stützmauern als nachvollziehbar. Allerdings liegt die Beschränkung der Höhe von Stützmauern mit einer Böschungsbegrenzungslinie nach Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht zwingend auf der Hand. Für solche Mauern innerhalb des Grenzabstands von 3 m käme auch eine Höhenbegrenzung auf maximal 1.20 m in Betracht (Art. 79 Abs. 1 i.V.m. Art. 79h Abs. 3 EG ZGB). Das Verwaltungsgericht liess die Frage jedoch offen und wendete die BSIG-Empfehlungen an.¹³ Die BSIG-Empfehlungen bilden den gegenwärtigen Stand der kantonalen Auslegungspraxis ab. Sie kommen jedoch nur dann zur Anwendung, wenn die Gemeinde keine klaren abweichenden Bestimmungen erlassen hat oder keine andere konstante Praxis verfolgt, welche mit dem zwingenden kantonalen Recht vereinbar ist.¹⁴

d) Nach der Praxis der Stadt Thun, die sie in den Skizzen A und B dargestellt hat,¹⁵ darf die Böschungsbegrenzungslinie, die auf der Höhe einer (fiktiven) Grenzstützmauer von

¹¹ BSIG Nr. 7/721.0/10.1, Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben

¹² BSIG Nr. 7/721.0/10.1, Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben, Ziff. 4.3.3 und Anhang II, Skizze zu Ziffer 4

¹³ VGE 2013/148 vom 25.6.2014 E. 4.4

¹⁴ VGE 2013/148 vom 25.6.2014 E. 4.5

¹⁵ Skizzen A und B, vgl. Beilage zur Beschwerdeantwort der Stadt Thun; Beilagen zur Eingabe der Stadt Thun vom 22. August 2018

1.20 m ansetzt, auch eine Neigung von 45° aufweisen. Die Höhe von Stützmauern muss innerhalb dieser Böschungsbegrenzungslinie liegen. Es ist zu prüfen, ob die Auslegung gemäss den Skizzen A und B der Stadt Thun vertretbar ist. Art. 79h EG ZGB erlaubt sowohl das Erstellen einer 1,20 m Stützmauer an der Grenze mit Terrinauffüllung als auch eine Böschung mit einer maximalen Neigung von 45°. Das EG ZGB verbietet vom Wortlaut her nicht, anschliessend an eine 1.20 m hohe Grenzstützmauer eine Böschung mit einer 45° Neigung zu erstellen. Wird anstelle einer Böschung eine zurückversetzte Stützmauer erstellt, welche die (virtuelle) Böschungsbegrenzungslinie nicht überragt, wird im Ergebnis die gleiche Terrainhöhe erreicht. Anders gesagt wird das Terrain hinter einer zurückversetzten Stützmauer, die innerhalb der Böschungsbegrenzungslinie von 45° liegt, nicht höher als wenn eine Böschung mit dieser Neigung erstellt würde. Die Auslegung der Stadt Thun steht daher nicht in Widerspruch zur Regelung von Art. 79h EG ZGB. In Bezug auf die Einwirkungen auf das untenliegende Nachbargrundstück sind sowohl Böschungen als auch zurückversetzte Stützmauern mit Vor- und Nachteilen verbunden. Eine Böschung füllt den Raum stärker auf und lässt den Nachbarn weniger "Luft" als eine zurückversetzte Stützmauer. Andererseits wird eine 45° steile Böschung in der Regel weniger intensiv genutzt als eine terrassierte Fläche. Eine gartenbauliche Nutzung, beispielsweise mit Beerensträuchern oder Reben, ist aber auch bei einer solchen Böschung nicht ausgeschlossen. Die Praxis der Stadt Thun ist daher auch unter dem Gesichtspunkt des von Art. 79h EG ZGB bezweckten Nachbarschutzes vertretbar.

e) Es ist streitig, ob eine entsprechende konstante Praxis der Stadt Thun nachgewiesen ist. Die Vorinstanz hat dies nicht mit entsprechenden Baubewilligungen belegt. Stattdessen reichte sie eine "Erklärung zur Praxis des Bauinspektorats zur Beurteilung von Stützmauern bzw. Böschungen nach Art. 79 ff. EG ZGB" ein, die von zehn Mitarbeitenden des Bauinspektorats unterzeichnet wurde. Die Mitarbeitenden des Bauinspektorats erklärten, sie seien überzeugt, mehrere Beispiele zu haben. Solche Entscheide seien aber dennoch nicht so häufig, als dass sie innert nützlicher Frist und mit entsprechendem Aufwand hätten ermittelt werden können. Die Skizze A, welche Eingang in ihre internen Praxisentscheide gefunden habe, stelle die langjährige Praxis (mehr als 10 Jahre) der Stadt Thun dar und werde insbesondere in Beratungsgesprächen immer wieder angewandt.

Die vorerwähnten Skizzen zur Praxis bei Böschungen und Einfriedungen finden sich in der Zusammenstellung "Praxisentscheide des Bauinspektorates Thun", Stand Juni 2018. In

dieser 17-seitigen Zusammenstellung werden sehr unterschiedliche baupolizeiliche Fragen geklärt. Die Zusammenstellung kann daher als Praxishandbuch bezeichnet werden, das einer einheitlichen und kontinuierlichen Praxis des Bauinspektorats dient. Die Praxis der Stadt Thun zur zulässigen Höhe von Stützmauern ist damit genügend erwiesen.

f) Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Vorschriften über Stützmauern von Art. 79h EG ZGB als öffentlich-rechtliche Bestimmungen der Stadt Thun anwendbar sind. Die Praxis der Stadt Thun zur Höhe von Stützmauern ist vertretbar. Das Bauvorhaben ist somit nach der Praxisfestlegung gemäss den Skizzen A, B und der "Praxisentscheide" zu beurteilen. Massgebend ist die 45° Böschungsbegrenzungslinie, die bei der Parzellengrenze auf einer Höhe von 1.20 m ansetzt.

3. Massgebendes Terrain

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Pläne der Projektänderung entsprächen nach wie vor nicht den Gegebenheiten. Die Pläne enthielten keine Angaben zum gewachsenen Terrain, obwohl dieses massgebend sei für die Messung der Mauerhöhe und des Neigungswinkels. Seit Juli 2017 habe die Bauherrschaft sukzessive massive Terrainaufschüttungen vorgenommen und damit den Baugrund mehrfach künstlich angehoben. Weil sich das gewachsene Terrain nicht mehr feststellen lasse, sei auf den natürlichen Geländeverlauf der Umgebung, d.h. bei den Nachbarparzellen Nrn. K._____, J._____ und O._____ abzustellen. Aus den Querprofilen der Geometermessungen der P._____ AG ergebe sich unschwer, dass die Höhe des Baugrundstückes der Beschwerdegegner massgeblich höher sei, als diejenige der direkt angrenzenden Parzellen.

b) Die von den Beschwerdeführenden beauftragte P._____ AG erstellte vier Querprofile des gegen Westen abfallenden Geländes auf der Bauparzelle Nr. N._____.¹⁶ Aus den Höhenlinien auf der Situationskarte 1:500 (Verkleinerung) ist erkennbar, dass das Terrain auf der Bauparzelle N._____ von den nördlichen, westlichen und östlichen Parzellengrenzen her Richtung Wohnhaus ansteigt. Dieser

¹⁶ Vgl. Beilage Nr. 5 der Eingabe der Beschwerdeführenden vom 1. November 2018

Geländeverlauf war aber vorbestehend, wie die Fotos des Vorzustandes und die nachstehenden Ausführungen zeigen.¹⁷

Auf den Querprofilen ist die aus den kantonalen LIDAR-Daten berechnete Höhe mit der roten Linie dargestellt. Die beiden orangen Linien zeigen das Genauigkeitsband der LIDAR-Daten, das bei etwa +/- 20 cm liegt. Die LIDAR Befliegung erfolgte im März 2014 und zeigt somit den Geländeverlauf vor Erstellung des vorliegenden Bauvorhabens, d.h. den Vorzustand.¹⁸ Die Höhenmessungen der P._____ AG sind als schwarze Linien eingezeichnet. Die Querprofile 1 und 4 wurden entlang der Parzellengrenzen Nord und Süd aufgenommen. Auf diesen Querprofilen ist klar ersichtlich, dass die von der P._____ AG gemessene Geländehöhe nach wie vor im Genauigkeitsband der LIDAR-Daten liegt. Auch die Terrainhöhe im Bereich der westlichen Parzellengrenze weicht nicht von den LIDAR-Daten ab. Unterhalb der neuen Stützmauer und entlang der Parzellengrenzen sind somit keine erwähnenswerten Terrainveränderungen erfolgt. Das Terrain scheint nur ausgeebnet worden zu sein. Die neue Stützmauer ist hinterfüllt, weshalb hinter der Stützmauer zum Wohnhaus hin zweifellos gewisse Terrainbewegungen erfolgt sind. Gemäss den Querprofilen 2 und 3 wurde aber das Terrain im Wesentlichen nur ausgeebnet. Die Höhe liegt nach wie vor im Genauigkeitsband der LIDAR-Daten. Von einer erheblichen Terrainanhebung durch die Beschwerdegegner kann keine Rede sein. Da die virtuelle Böschungsbegrenzungslinie massgebend ist, spielen allfällige Terrainveränderungen für die Frage der zulässigen Mauerhöhe aber ohnehin keine Rolle.

c) Für die Messung der 1.20 m hohen fiktiven Stützmauer an der Grundstücksgrenze, von der aus die 45° Böschungslinie ansetzt, ist das gewachsene Terrain bzw. das Terrain, wie es vor Baubeginn besteht (aArt. 97 BauV¹⁹) massgebend. Da die Stadt Thun ihr GBR noch nicht an die BMBV²⁰ angepasst hat, kommt die von den Beschwerdeführenden genannte Bestimmung der BMBV noch nicht zur Anwendung.

In Bezug auf die Höhe der westseitigen Stützmauer ist das Terrain an der Grenze zur Parzelle der Beschwerdeführenden massgebend (Thun Gbbl. Nr. K._____), für die

¹⁷ Querprofile, Beilage 5 der Beschwerdeführenden; Fotos: Vorakten pag. 68 und Beilagen 3 und 4 der Beschwerdeführenden

¹⁸ Vgl. Karte "Übersicht der LIDAR-Daten und entzerrte Luftbilder", abrufbar im Geoportal des Kantons Bern

¹⁹ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

²⁰ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

südseitige Stützmauer das Terrain an der Grenze zur Parzelle Nr. J._____. Auf der Parzelle Nr. N._____ bestehen entlang beider Parzellengrenzen bereits niedrige Stützmauerchen. Auf den Schnittplänen ist klar ersichtlich, dass die Höhe von 1.20 m vom Fuss dieser Mäuerchen aus gemessen wurde, das heisst jeweils auf der den Nachbarparzellen zugewandten Aussenseite.²¹ Wie weiter unten in Erwägung 4 gezeigt wird, sind auch die Nachmessungen der Dütschler+Partner AG²² beim bestehenden Terrain am Fusspunkt der beiden Grenzmäuerchen erfolgt. Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend, dass die Beschwerdegegner beim Mauerfuss der Grenzmäuerchen fremdes Terrain angehoben hätten.

4. Höhe der Stützmauer

a) Die Beschwerdeführenden rügen, dass auch das Geländer zur Gesamthöhe der Stützmauer gezählt werden müsse, selbst wenn es um 15 cm hinter die Mauerkrone zurückversetzt sei. Dem ist zuzustimmen.²³ Aufgrund der Mauerhöhe bis zu 1.5 m und der anschliessenden Böschung ist vorliegend eine Absturzsicherung erforderlich (vgl. Art. 58 BauV). Das Geländer steht somit in unmittelbarem funktionalem Zusammenhang mit der Stützmauer und bildet mit dieser eine Einheit. Auch das Geländer der Stützmauer muss innerhalb der Böschungsbegrenzungslinie liegen.

b) Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass die auf den Projektplänen dargestellten Höhen und Neigungswinkel korrekt sind und mit den Gegebenheiten übereinstimmen. Die Beschwerdegegner haben in den Projektänderungsplänen keine Koten angegeben. Die Projektänderungspläne lassen sich aber anhand der aktenkundigen Geometermessungen überprüfen. Die neue Stützmauer ist im Bereich der südwestlichen Ecke, wo sich der neue Sitzplatz befindet, am höchsten und weist dort die kürzesten Abstände zu den Parzellen Nr. J._____ und Nr. K._____ auf. Für diesen südwestlichen Bereich der Stützmauer liegen Geometermessungen der L._____ AG vor. Das Geometerbüro bestimmte die Höhe der Fusspunkte der Grenzmäuerchen wie folgt: Bei der südseitigen Parzellengrenze liegt der Fusspunkt auf 607.978 m ü. M. (Messpunkt 01). Bei der westlichen

²¹ Schnitte Mauerecke Südwest 1:50, rev. 25.09.2018

²² Vgl. Beilage zur Stellungnahme der Stadt Thun vom 22. August 2018

²³ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 12 N. 14 e

Parzellengrenze liegt der Fusspunkt des vorbestehenden Mäuerchens auf 607.290 m ü. M. (Messpunkt 05). Die von den Beschwerdeführenden beauftragte P._____ AG bestimmte das Terrain bei der Westgrenze und auf dem südwestlichen Grenzpunkt auf 607.78 m ü. M. Bei der westlichen Parzellengrenze läge es demnach um rund 49 cm höher als von der L._____ AG gemessen. Allerdings geht aus dem Situationsplan²⁴ der P._____ AG nicht hervor, wo ihre Messpunkte genau liegen, zumal auch Koordinatenangaben fehlen. Jedenfalls stünde eine allfällige Abweichung dem Bauvorhaben nicht entgegen.

c) Gemäss Messung der L._____ AG liegt die Mauerkrone der neuen Stützmauer im Eckpunkt auf 610.070 m ü. M (Messpunkt 999), beim Messpunkt 08 liegt sie auf 610.080 m ü. M, beim Messpunkt 10 auf 610,082 m ü M. Die P._____ AG hat die Höhe des hier interessierenden südwestlichen Eckpunkts der Stützmauer nicht gemessen. Ihre ersten Messpunkte auf der Mauerkrone liegen etwas weiter nördlich. Die Messungen auf der Mauer, ca. 5 m ab südwestlichem Grenzpunkt, ergaben Werte von 610.09 und 609.07 m ü. M. Beim Rücksprung der Stützmauer (ca. 7,7 m ab südwestlichem Grenzpunkt) wurden Höhenkoten von 610.10 und 610.07 m ü. M. ermittelt. In diesem Bereich hat die L._____ AG 610.082 m ü. M. ermittelt (Messpunkt 10). Die Ergebnisse der beiden Geometermessungen widersprechen sich hier somit nicht. Im Gegenteil bestätigen die Messungen der P._____ AG die Ergebnisse der L._____ AG. Die Messungen wurden von anerkannten Geometerbüros erstellt. Es besteht daher kein Anlass, an deren Richtigkeit zu zweifeln.

d) In der südwestlichen Ecke der Stützmauer ergibt sich somit Folgendes:

Neue Stützmauer West (gegenüber Parzelle Nr. K._____):

Fusspunkt Grenzmäuerchen	607.290 m ü. M (Messpunkt 05)
Mauerkrone neue Stützmauer	610.080 m ü. M (Messpunkt 08)
<i>Höhendifferenz total</i>	<i>2.790 m</i>
Fusspunkt neue Stützmauer	608.573 m ü. M (Messpunkt 07)
<i>Höhe neue Stützmauer²⁵</i>	<i>1.507 m</i>

Neue Stützmauer Süd (gegenüber Parzelle Nr. J._____)

²⁴ Beilage Nr. 7 der Beschwerdeführenden

²⁵ Messpunkt 08 minus Messpunkt 07

Fusspunkt Grenzmäuerchen	607.978 m ü. M (Messpunkt 01)
Mauerkrone neue Stützmauer	610.082 m ü.M (Messpunkt 04)
<i>Höhendifferenz total</i>	<i>2.104 m</i>

Fusspunkt neue Stützmauer	608.608 m ü. M (Messpunkt 03)
<i>Höhe neue Stützmauer</i>	<i>1.474 m</i>

e) Die Höhe des Bauvorhabens ist auf dem Projektänderungsplan "Schnitte" korrekt dargestellt. Die Stützmauer liegt mitsamt Geländer vollständig unterhalb der massgebenden Böschungsbegrenzungslinie. Wie viele Steinreihen verbaut wurden, respektive ob unter der Erdoberfläche weitere Steinreihen bestehen, ist aufgrund der genauen Geometermessungen nicht relevant.

f) In den Auflagen verfügte die Stadt Thun, dass das Geländer gemäss Plan "Schnitt Mauer West" vom 15. Januar 2018 auf 1.0 m Höhe zu reduzieren oder andernfalls um 2 cm zusätzlich von der massgeblichen Grenze abzurücken ist (Ziffer 1.5 des Dispositivs). Mit der Nachmessung und den korrigierten Plänen hat sich diese Auflage erledigt. Weil sich die Auflage explizit auf den Plan vom 15. Januar 2018 bezog und nun die Projektänderung an dessen Stelle getreten ist, braucht die Auflage aber nicht aufgehoben zu werden; sie wurde mit der Projektänderung obsolet.

g) Die Beschwerdeführenden beanstanden in ihren Schlussbemerkungen, dass die Geometermessungen durch die Stadt Thun und nicht durch die BVE eingeholt wurden. Der Sachverhalt sei von der BVE von Amtes wegen abzuklären. Die amtlichen Abklärungen könnten nicht an die Vorinstanz delegiert werden, da diese Parteistellung habe. Die Messungen der L. _____ AG stellten somit keine amtlichen Sachverhaltsabklärungen dar, auf welche abgestellt werden dürfe, und seien aus den Akten zu weisen. Die Vermessung sei zudem ohne Vorankündigung und in Abwesenheit der Parteien erfolgt. Dies verletze ihre Verfahrensrechte. Die Durchführung eines amtlichen Augenscheins und das Einholen eines amtlichen Gutachtens durch die BVE seien unabdingbar.

Die Rechtsmittelbehörde ist verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 VRPG²⁶). Bei der Erhebung und Abnahme von Beweisen steht ihr ein weiter Spielraum zu, den sie nach pflichtgemäßem Ermessen auszufüllen hat.²⁷ Die Rechtsmittelbehörde ist nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden und kann sich auf die zur Sachverhaltsermittlung erforderliche Beweiserhebung beschränken (vgl. Art. 18 Abs. 2 VRPG). Wenn die Behörde bei freier, pflichtgemässer Beweiswürdigung zur

²⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

²⁷ VGE 2017/51 vom 1. Mai 2018 E. 5.2.1

Überzeugung gelangt, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, so kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten. Diese sogenannte antizipierte Beweismündigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.²⁸

Als Beweismittel kann die Behörde auch Auskünfte der Parteien oder Dritter heranziehen (Art. 19 Abs. 1 Bst. c VRPG). Die BVE hat die Stadt Thun mit Verfügung vom 25. Juli 2018 gebeten, das erstellte Bauvorhaben in Bezug auf die Übereinstimmung mit den Plänen zu überprüfen, insbesondere hinsichtlich dessen Höhe. Damit hat die BVE eine Auskunft einer Partei eingeholt. Die Vorinstanz hat von sich aus die L. _____ AG mit der Nachmessung beauftragt und gestützt darauf ihre Auskunft erteilt. Dieses Geometergutachten stellt daher ein Beweismittel einer Partei dar, es wird dadurch aber nicht unzulässig. Es besteht kein Anlass, die Nachmessungen der L. _____ AG aus den Akten zu weisen. Nur wenn ein Gutachten durch die Rechtsmittelbehörde selber eingeholt wird oder wenn diese eigene Sachverhaltsabklärungen vor Ort vornimmt, haben die Parteien Teilnahme- und Mitwirkungsrechte (vgl. Art. 22 VRPG). Im Übrigen verletzt es das rechtliche Gehör nicht, wenn Gutachter oder Fachstellen die für ihren Bericht erforderlichen Ortsbesichtigungen oder technischen Abklärungen ohne Anwesenheit der Parteien vornehmen. Damit beschaffen sie sich nur die für die Abgabe ihrer Fachmeinung nötigen Kenntnisse.²⁹

h) Vorliegend besteht wie gezeigt kein Widerspruch zwischen den Geometermessungen der L. _____ AG und denjenigen der P. _____ AG. Ein zusätzliches Geometergutachten hätte keine zusätzlichen entscheid relevanten Erkenntnisse gebracht. Für die Feststellung der Terrain- und Mauerhöhe war kein Augenschein erforderlich. Die entsprechenden Beweisanträge werden abgewiesen.

5. Grenzabstand der Stützmauer

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Stützmauer müsse den Grenzabstand von 3 m gemäss Art. 79 EG ZGB einhalten, da sie über 1.20 m hoch sei. In

²⁸ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen

²⁹ VGE 2017/352 vom 3.10.18 E. 3.2; VGE 2018/66 vom 24.9.2018 E. 2.3.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 22 N. 3

der südwestlichen Ecke betrage der Abstand nur 2.59 bzw. 2.60 m, was den Mindestabstand um rund 40 cm unterschreite.

b) Gemäss Art. 79 EG ZGB müssen Bauten, welche den gewachsenen Boden in irgendeinem Punkte um mehr als 1.20 m überragen, einen Grenzabstand von mindestens 3 m einhalten. Art. 3 NBRD erklärt jedoch nur die Bestimmungen des EG ZGB über Stützmauern, Einfriedungen und Brandmauern des EG ZGB zu Gemeindevorschriften, sofern im GBR eine entsprechende Lücke besteht (vgl. Art. 1 Abs. 2 NBRD). Die Grenzabstände fallen nicht darunter. Art. 79 EG ZGB bleibt daher eine Vorschrift des zivilrechtlichen Nachbarrechts. Dem von den Beschwerdeführenden zitierten Verwaltungsgerichtsentscheid ist nichts anderes zu entnehmen, zumal in jenem Fall die Höhe der Stützmauer streitig war und das Grundstück an die Strasse grenzte.³⁰ Die BSIG-Empfehlung regelt die Stützmauern innerhalb des zivilrechtlichen Grenzabstands von 3 m mit einer Böschungsbegrenzungslinie.³¹ Solange die Böschungsbegrenzungslinie nicht überschritten wird, ist je nach vorbestehendem Terrain selbst nach der BSIG eine über 1.20 m hohe Stützmauer möglich. Eine Böschungsbegrenzungslinie ist eine Kombination von Höhe und Abstand und definiert mithin auch den Grenzabstand. Vorliegend ist der Grenzabstand mit der von der Stadt Thun definierten Böschungsbegrenzungslinie kommunal festgelegt. Das Bauvorhaben hält diesen Grenzabstand ein.

6. Ästhetik

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die überdimensionierte, wuchtige Stützmauer aus grauen Kunststeinen ordne sich nicht in das Quartierbild ein. Sie schaffe einen Gegensatz zum Wohnhaus und zur Umgebung, der erheblich störe. Auch die damit erfolgte Terrainerhöhung beeinträchtige das Ortsbild. Es entstehe keine gute Gesamtwirkung. Diese Störung könne nicht mittels Begrünung entschärft werden. Die Mängel seien zu gross, als dass sie durch Auflagen oder Bedingungen behoben werden könnten. Die Beschwerdegegner bringen dagegen vor, die Stützmauer füge sich gut in die Aussenraumgestaltung und in die Umgebung ein. Mit der Mauer werde ein gut in die

³⁰ VGE 2013/148 vom 25. Juni 2014 E. 4 (RA Nr. 110/2012/125)

³¹ BSIG Nr. 7/721.0/10.1, Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben

Landschaft angepasster Abschluss des Sitzplatzes realisiert. Eine solche Sitzplatzgestaltung sei an dieser Hanglage quartierüblich.

b) Die kommunale Gestaltungsvorschrift verlangt, dass öffentliche und private Aussenräume so zu gestalten sind, dass zusammen mit den Bauten und Anlagen eine gute Gesamtwirkung entsteht und gleichzeitig die ökologischen Qualitäten nach Möglichkeit erhalten und vermehrt werden (Art. 6 GBR). Der Fachausschuss Bau- und Aussenraumgestaltung (FBA) der Stadt Thun hielt fest, dass mit der Stützmauer keine gute Gesamtwirkung erreicht werde. Es werde keinerlei Bezug zur Architektur des Gebäudes und zur Gestaltung des Bestandes genommen. Die gewählte Materialisierung mit Kunststein erlange keine eigenständige, gestalterische Kraft. Die Mauer wirke dominant. Mit der Pflanzung einer Hainbuchen- oder Ligusterhecke (kein Thuja oder Kirschlorbeer) über die ganze Länge der Mauer könne das Bauwerk eingepackt und die Situation derart entschärft werden, dass eine ausreichend gute Gestaltung erreicht werde.³²

c) Die Beurteilung des Fachausschusses FBA ist anhand der aktenkundigen Fotos ohne Weiteres nachvollziehbar und überzeugt. Vor dem eleganten älteren Wohnhaus wirkt die Mauer mit ihren grossen Zwischenräumen wuchtig und sticht auch mit ihrer hellgrauen Farbe heraus. Mit einer dauernden Begrünung kann die Mauer aber leicht kaschiert und die störende Wirkung soweit gemindert werden, dass sich das Vorhaben genügend in die Umgebung einordnet. Bei durchschnittlichen örtlichen Gegebenheiten dürfen nicht unverhältnismässig hohe Ansprüche an das Erfordernis der guten Gesamtwirkung gestellt werden.³³ Vorliegend ist auch nicht erkennbar, dass die Terrainausebnung für sich genommen das Orts- und Landschaftsbild beeinträchtigen würde. Mit einer genügend hohen und dichten Begrünung ordnet sich das Bauvorhaben somit ausreichend in die Umgebung ein.

d) Baubewilligungen können mit Bedingungen oder Auflagen verknüpft werden (Art. 29 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 3 BauG). Die Bedingungen und Auflagen müssen in einem engen sachlichen Zusammenhang zur erteilten Baubewilligung stehen und verhältnismässig sein. Bedingungen und Auflagen zu einer Baubewilligung kommen bei Bauvorhaben in Betracht,

³² Protokoll der FBA-Delegation vom 16. Januar 2018, Vorakten pag. 25

³³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 9/10 N. 4a; BVR 2009 S. 329 E. 5.3, BVR 2006 S. 491 E. 6.3.1

die je nach ihrer Gestaltung oder Einrichtung oder je nach der Art der Nutzung oder Betriebsführung gesetzeskonform oder gesetzwidrig sein können.³⁴

e) Anders als die Beschwerdegegner meinen, ist nicht nur die südwestliche Ecke der Stützmauer baubewilligungspflichtig. Zusammen mit dem Geländer misst die Mauer auf der gesamten Länge mehr als 1.20 m und stellt daher bereits aus diesem Grund kein baubewilligungsfreies Vorhaben im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD³⁵ dar. Im Übrigen müssen auch baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen die anwendbaren Vorschriften einhalten und namentlich den Ästhetikanforderungen genügen (Art. 1b Abs. 2 und 3 BauG).³⁶

f) Im vorliegenden Fall ist eine dauernde und genügend hohe Begrünung der Mauer erforderlich und geeignet, um eine gute Gesamtwirkung des Vorhabens zu erzielen. Das Vorhaben erweist sich mit einer solchen Auflage als bewilligungsfähig. Die Beschwerdeführenden rügten, die von der Vorinstanz erlassene Auflage sei zu wenig präzise. Das Rechtsamt erwog deshalb, die Auflage wie folgt zu präzisieren (zweiter Präzisierungsvorschlag gemäss Verfügung vom 13. September 2018):

"Die Stützmauer Nordwest ist über die ganze Länge der Mauer (ca. 24 m) zu begrünen. Die Höhe der Hecke bzw. Bepflanzung muss mindestens der Mauerhöhe entsprechen. Vor dem ca. 17,6 m langen Teil der Stützmauer ist eine Hainbuchen- oder Ligusterhecke zu pflanzen. Vor dem ca. 6,4 m langen vorspringenden Teil der Stützmauer im Bereich des neuen Sitzplatzes ist eine Pflanzung vorzunehmen, die mit den nachbarrechtlichen Vorschriften von Art. 79k Abs. 3 und Art. 79l EG ZGB vereinbar ist. Die Pflanzungen sind bis spätestens Ende April 2019 vorzunehmen."

g) Die Stadt Thun ist damit einverstanden. Die Beschwerdegegner erklärten in ihrer Stellungnahme zum ersten Präzisionsvorschlag, dass sie eine Ligusterhecke anpflanzen würden. Den obgenannten Präzisierungsvorschlag akzeptierten sie. Die Beschwerdeführenden verlangen weitere Auflagen betreffend Art der Heckenpflanzen (Liguster Atrovirens), einen Pflanzabstand von 30 cm, eine zweite Hecke vor dem

³⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38-39 N. 15a

³⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

³⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 1b N. 3

Geländer sowie Vorgaben zu Pflege und Unterhalt. Ausserdem machen sie geltend, der Bereich unterhalb der Stützmauer sei für die Beschwerdeführenden nicht mehr zugänglich, so dass der Unterhalt der Hecke gar nicht sichergestellt werden könne.

In der obgenannten Auflage wird die Begrünung der gesamten Mauer angeordnet. Es ist Sache der Beschwerdegegner bzw. deren Gärtner, die Pflanzensorte auszuwählen und die nötigen Pflanzabstände für eine dichte Hecke festzulegen. Der Fachausschuss FBA verlangte aus gestalterischen Gründen explizit ein zurückversetztes Staketengeländer.³⁷ Da dieses mithin keine störende Wirkung hat, muss es auch nicht mit Pflanzen verdeckt werden. Für die Anordnung einer zweiten Hecke vor dem Geländer besteht somit keine Grundlage. Die Stützmauer mit dem Geländer kann für den Gartenunterhalt von Erwachsenen ohne Weiteres überstiegen werden. Auch die Böschung unterhalb der Mauer muss ja gepflegt werden, selbst wenn es vor der Mauer keine Hecke hätte. Dass der Grünabfall ordnungsgemäss entsorgt werden muss und die Pflanzen nicht auf fremde Grundstücke ragen sollen, ist ohnehin selbstverständlich. Das Bauvorhaben ist mit obgenannter Auflage zu bewilligen.

h) Für die ästhetische Beurteilung war aufgrund der zahlreichen aktenkundigen Fotos und des schlüssigen Berichts der FBA weder ein Augenschein noch eine Beurteilung durch die OLK erforderlich. Die entsprechenden Beweisanträge werden abgewiesen.

7. Sicherheitsaspekte

a) Die Beschwerdeführenden befürchten, dass das Fundament der Stützmauer nicht genügend tief verankert sei und dem Hangdruck nicht standhalten könne. Auch das Geländer auf der Stützmauer sei nicht robust genug, um vor Abstürzen zu schützen und die Sicherheit des unterliegenden Grundstücks vor herabfallenden Gegenständen zu gewährleisten.

Die Bauherrschaft ist nach Art. 57 Abs. 1 BauV verpflichtet, bei der Erstellung von Bauten und Anlagen die anerkannten Regeln der Baukunde einzuhalten. Mehr wird mit wenigen Ausnahmen im Baurecht nicht verlangt. Vorliegend kann davon ausgegangen werden,

³⁷ Vorakten pag. 25 (Rückseite)

dass die Beschwerdegegner nach dem Stand der Technik gebaut haben. Es bestehen keine konkreten Hinweise, dass dies nicht der Fall wäre. Die Höhe des Geländers entspricht den heutigen Normen.³⁸ Zudem haften die Beschwerdegegner als Werkeigentümer für die Sicherheit ihrer Bauten und Anlagen (vgl. Art. 58 OR³⁹). Ob Gegenstände bis auf das Nachbargrundstück herabfliegen, hängt letztlich von der Art der Nutzung ab.

b) Zusammenfassend erweist sich das Vorhaben in jedem Punkt als bewilligungsfähig. Ein Ausnahmegesuch war und ist nicht erforderlich.

8. Rechtliches Gehör und Rechtsverwahrung

a) Die Beschwerdeführenden rügen mehrere Verletzungen des rechtlichen Gehörs. Die Gemeinde habe die Begründungspflicht verletzt, insbesondere indem sie die gesetzlichen Bestimmungen nicht genannt habe, nicht auf die Rechtsprechung eingegangen sei und sich zu verschiedenen Rügen nicht geäußert habe (massgebendes Terrain, Praxis zu Böschungsneigung, Zugänglichkeit der Hecke).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 21 ff. VRPG und Art. 29 Abs. 2 BV⁴⁰ beinhaltet unter anderem das Recht auf einen begründeten Entscheid, damit die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr darf sich die Behörde auf die für den Entscheid wesentlichen Argumente beschränken.⁴¹

Die Vorinstanz behandelte die Rügen der Beschwerdeführenden im angefochtenen Entscheid. Sie führte die für sie wesentlichen Elemente auf und nannte die angewendeten

³⁸ SIA 358:2010, "Geländer und Brüstungen", gültig ab 1. März 2010, Ziff. 3.1.3

³⁹ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220)

⁴⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁴¹ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5 und 6

gesetzlichen Bestimmungen. Bezüglich Anrechnung des Geländers an die Gesamthöhe legte die Vorinstanz dar, weshalb der vorliegende Sachverhalt nicht mit der in BVR 1982 S. 168 E. 3 publizierten Rechtsprechung vergleichbar ist. Die Vorinstanz legte im angefochtenen Entscheid dar, dass die Böschungsbegrenzungslinie gemäss ihrer langjährigen Praxis massgebend ist. Unter diesen Umständen brauchte sie sich nicht auch noch zum gewachsenen Gelände Verlauf zu äussern. Es fehlen einzig Erwägungen zur gerügten fehlenden Zugänglichkeit der Hecke. Bei dieser Rüge handelt es sich jedoch nicht um einen für die Baubewilligungsfähigkeit des Vorhabens entscheidenden Punkt. Die Baubewilligungsbehörde ist nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen auseinanderzusetzen. Die Begründungspflicht wurde im angefochtenen Entscheid nicht verletzt.

b) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Beurteilung des Fachausschusses FBA sei ihnen nicht zugestellt worden; die Vorinstanz habe kein entsprechendes Akteneinsichtsrecht gewährt. Eine sinngemässe Wiedergabe des Inhalts dieser Beurteilung in einer Verfügung genüge nicht.

Das rechtliche Gehör umfasst auch das Recht auf Akteneinsicht und das Recht, von jeder eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, sofern dies als nötig erachtet wird. Dies bedeutet, dass die Behörde den Beteiligten jede eingereichte Stellungnahme zur Kenntnis bringen muss.⁴² Die Beurteilung des Fachausschusses FBA liegt nur in Form eines Protokolls der FBA-Delegation vor. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf alle Akten, die geeignet sind, Grundlage der Verfügung bzw. des Entscheids zu bilden. Verwaltungsintern erstellte Berichte, Gutachten und Echtheitsprüfungen zu streitigen Sachverhaltsfragen sind nicht als verwaltungsinterne Akten zu qualifizieren. Für die Unterscheidung kommt es nicht auf die Einstufung der Akte als "internes Papier" oder Protokoll an, sondern auf deren objektive Bedeutung für die verfassungswesentliche Sachverhaltsfeststellung.⁴³ Die Beurteilung des FBA hätte den Beschwerdeführenden daher integral zugestellt werden müssen. Die Vorinstanz gab den Beschwerdeführenden mit Verfügung vom 6. Februar 2018 immerhin Kenntnis des wesentlichen Inhalts der Fachmeinung des FBA und Gelegenheit zur Stellungnahme. Dass die Beschwerdeführenden daraufhin explizit ein Akteneinsichtsgesuch gestellt hätten, welches die Vorinstanz abgewiesen hätte, geht aus den Vorakten nicht hervor. Die

⁴² BGE 138 I 484 E. 2.1; VGE 2013/143 vom 20.01.2014 E. 2.2; BVR 2009 S. 328 E. 2.4

⁴³ VGE 2015/105 vom 7. Oktober 2015 E. 3.2

Beschwerdeführenden beanstandeten in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2018 zwar, dass ihnen die Beurteilung der FBA nicht zugestellt wurde, nahmen in der Folge aber Stellung zur FBA-Beurteilung, wie sie ihnen in der Verfügung zur Kenntnis gebracht worden war. Im Beschwerdeverfahren wurden die entsprechenden Protokollauszüge den Verfahrensbeteiligten zugestellt. Damit ist eine allfällig noch bestehende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt.⁴⁴ Dies rechtfertigt jedoch keine Berücksichtigung bei der Kostenverlegung.

c) Die Rechtsverwahrung gemäss Art. 32 BewD dient lediglich zur Orientierung über Privatrechte und allfällige zivilrechtliche Ansprüche. Die Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden wurde den Beschwerdegegnern im Baubewilligungsverfahren zur Kenntnis gebracht und ist in den Erwägungen des Bauentscheids genannt. Im Dispositiv fehlt aber der Hinweis auf die Rechtsverwahrung (vgl. Art. 36 Abs. 3 Bst. f BewD). Dies wird mit dem vorliegenden Entscheid nachgeholt.

9. Verfahrenskosten

a) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Die Beschwerdegegner haben die Projektpläne gestützt auf die von der Stadt Thun eingeholten Geometermessungen angepasst und damit ihr Vorhaben bewilligungsfähig gemacht. Die Beschwerdeführenden beanstanden die Projektänderung und halten vollumfänglich an ihrer Beschwerde und dem Antrag auf Bauabschlag fest. Sie gelten daher als unterliegend und haben die Verfahrenskosten zu tragen. Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁴⁵).

⁴⁴ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16

⁴⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

b) Als unterliegende Partei haben die Beschwerdeführenden den Beschwerdegegnern die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegner machen Parteikosten im Betrag von insgesamt Fr. 5'320.40 geltend. Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV⁴⁶ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG⁴⁷). Im vorliegenden Verfahren ist die Bedeutung der Sache als klar unterdurchschnittlich und die Schwierigkeit des Prozesses als durchschnittlich einzustufen. Der Parteikostenersatz wird daher festgesetzt auf Fr. 4'000.– zuzüglich Auslagen von Fr. 140.– und 7,7 % MWSt, ausmachend Fr. 4'458.80.

c) Die Gemeinde beantragt, die Kosten für die Nachmessungen des Kreisgeometers im Betrag von Fr. 1'819.50 seien der unterliegenden Partei, eventualiter den Gesuchstellern aufzuerlegen. Weil die Geometermessung nicht durch das Rechtsamt der BVE eingeholt wurde, handelt es sich nicht um amtliche Verfahrenskosten, sondern um Parteiauslagen. In der Regel hat die Gemeinde keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 VRPG). Die Rechtsprechung anerkennt ausnahmsweise einen Entschädigungsanspruch für Privatexperten, wenn ein Privatgutachten wesentliche neue Erkenntnisse gebracht hat und wenn sich wegen ihm ein neutrales Gutachten erübrigt hat.⁴⁸ Dies ist vorliegend der Fall. Die von der Stadt Thun eingeholte Nachmessung des Kreisgeometers ergab hinsichtlich der Höhe des Terrains und der Stützmauer sowie bei den Grenzabständen wesentliche Abweichungen gegenüber den Baugesuchsplänen. Die Einholung eines amtlichen Gutachtens erübrigte sich. Gestützt auf die Geometermessung von L. _____ AG waren die Beschwerdegegner in der Lage, die Projektpläne ihres Vorhabens korrekt anzupassen und das Vorhaben damit bewilligungsfähig zu machen. Sie haben daher der Stadt Thun die Geometerkosten von Fr. 1'819.50 zu ersetzen.

⁴⁶ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

⁴⁷ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

⁴⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 104 N. 6

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Projektänderung vom 27. September 2018 (gemäss Plänen rev. vom 25. September 2018, gestempelt vom Rechtsamt der BVE am 1. Oktober 2018) wird bewilligt. Die Baubewilligung umfasst folgende Pläne:
 - Situation 1:50 vom 2.10.2017, rev. 25.09.2018
 - Grundriss 1:200 vom 2.10.2017, rev. 25.09.2018
 - Schnitte Mauerecke Südwest 1:50 vom 2.10.2017, rev. 25.09.2018
3. Die Baubewilligung wird mit folgender Auflage versehen:

"Die Stützmauer Nordwest ist über die ganze Länge der Mauer (ca. 24 m) zu begrünen. Die Höhe der Hecke bzw. Bepflanzung muss mindestens der Mauerhöhe entsprechen. Vor dem ca. 17,6 m langen Teil der Stützmauer ist eine Hainbuchen- oder Ligusterhecke zu pflanzen. Vor dem ca. 6,4 m langen vorspringenden Teil der Stützmauer im Bereich des neuen Sitzplatzes ist eine Pflanzung vorzunehmen, die mit den nachbarrechtlichen Vorschriften von Art. 79k Abs. 3 und Art. 79I EG ZGB vereinbar ist. Die Pflanzungen sind bis spätestens Ende April 2019 vorzunehmen."
4. Die Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden vom 1. Dezember 2017 wird vorgemerkt.
5. Im Übrigen wird der Bauentscheid der Stadt Thun vom 9. April 2018 bestätigt.
6. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'800.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
7. Die Beschwerdeführenden haben den Beschwerdegegnern Parteikosten im Betrag von Fr. 4'458.80 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.
8. Die Beschwerdegegner haben der Stadt Thun die Auslagen im Betrag von Fr. 1'819.50 zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt G._____/ Frau Rechtsanwältin H._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

Regierungspräsident

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 vier 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.

Beilagen: Auszüge der Pläne Grundriss 1:200 und Schnitte Mauerecke Südwest 1: 50, beide rev.
vom 25.9.2018