



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2020/77

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 8. März 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer

und

Herrn **D.**_____
Beschwerdegegner 1

Frau **E.**_____
Beschwerdegegnerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Fraubrunnen, Bauverwaltung, Dorfstrasse 10,
3308 Grafenried

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Fraubrunnen vom
30. April 2020 (Baugesuchs-Nr 2019-20; Ersatz bestehende Gartenmauer etc.)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin 2 ist Eigentümerin des Grundstücks Fraubrunnen Grundbuchblatt Nr. A. _____ (Wohnzone). Auf der Parzelle befindet sich ein bereits bestehendes Wohnhaus. Im Jahr 2018 reichte die Beschwerdegegnerin 2 ein Baugesuch ein, das insbesondere den Umbau des Dachgeschosses des Wohnhauses beinhaltete (Baugesuchs-Nr. 2018-59). Im Rahmen dieses Verfahrens rügte der Beschwerdeführer u.a., die Beschwerdegegnerschaft hätte auf dem Grundstück eine unrechtmässige Stützmauer erstellt. Auf seiner eigenen, benachbarten Parzelle seien zudem Erdverschiebungen vorgenommen worden und ein Zaun sei auf seine Parzelle verlegt worden. Die Gemeinde hielt im Bauentscheid vom 18. März 2019 fest, die Bewilligungsfähigkeit der Mauer sei nicht Gegenstand des Verfahrens und in einem separaten Baupolizeiverfahren zu prüfen. Auch die Frage der Erdverschiebungen sei im Rahmen eines separaten Baupolizeiverfahrens zu beurteilen. Dieser Bauentscheid der Gemeinde wurde vom Beschwerdeführer angefochten und von der Bau-, Verkehrs-, und Energiedirektion des Kantons

Bern (BVE), seit dem 1. Januar 2020 Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD), mit rechtskräftigem Entscheid vom 16. Juli 2019 bestätigt.¹

2. Die Gemeinde teilte der Beschwerdegegnerin 2 mit Schreiben vom 18. März 2019 mit, hinsichtlich der bereits erstellten Stützmauer werde ein Baupolizeiverfahren eröffnet. Die Gemeinde gab der Beschwerdegegnerin 2 Gelegenheit, vor Erlass einer Wiederherstellungsverfügung ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Von dieser Möglichkeit machte die Beschwerdegegnerin 2 Gebrauch und reichte ein Baugesuch ein für den Ersatz der bestehenden Gartenmauer und das Anbringen eines Maschendrahtzauns. Gegen das fristgemäss eingereichte nachträgliche Baugesuch erhob der Beschwerdeführer Einsprache.

3. Mit Schreiben vom 21. November 2019 teilte die Gemeinde der Beschwerdegegnerschaft ihre erste Beurteilung des Bauvorhabens mit und führte u.a. aus, auf der Mauer befinde sich ein Zaun und die Höhe der Mauer sowie jene des Zauns seien zusammenzurechnen. Die gemäss Baureglement maximal zulässige Höhe von 2 m werde somit überschritten. Die Bauherrschaft könne entweder ein Ausnahmegesuch oder eine Projektänderung einreichen. Die Bauherrschaft reichte daraufhin am 20. Januar 2020 eine Projektänderung ein, mit der sie eine Kürzung des Zauns bis zur Einhaltung der zulässigen Gesamthöhe von 2 m vorsah. Der Beschwerdeführer hielt mit Schreiben vom 13. März 2020 an seiner Einsprache fest. Die Vorinstanz erteilte dem Vorhaben daraufhin am 30. April 2020 die Bewilligung. Zugleich verpflichtete sie die Bauherrschaft, den bereits erstellten Zaun im Rahmen der Wiederherstellung auf das projektierte Mass zurückzubauen (Maximalhöhe Stützmauer und Zaun 2 m).

4. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 25. Mai 2020 Beschwerde bei der BVD ein. Er beantragt die Aufhebung der Bewilligung vom 30. April 2020 und die Wiederherstellung des früheren Zustands. Ebenfalls am 25. Mai 2020 reichte der Beschwerdeführer beim Rechtsamt der Direktion für Inneres und Justiz (DIJ) eine als «Aufsichtsbeschwerde» betitelte Eingabe ein. Diese Eingabe wurde von der DIJ am 28. Mai 2020 an das Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland und von diesem am 29. Mai 2020 an das Rechtsamt der BVD weitergeleitet mit dem Hinweis, es handle sich wohl um eine Baubeschwerde. In beiden Eingaben macht der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, die Gemeinde hätte nicht bloss ein kleines Baubewilligungsverfahren durchführen dürfen. Die für den Bau der Mauer vorgenommenen Erdverschiebungen würden die Gefahr von Murgängen auf seiner Parzelle erhöhen. Die Vorinstanz habe es zudem unterlassen, die nötigen Fachberichte einzuholen. Die Stützmauer diene überdies nicht der Hangsicherung, sondern als Aussichtsplattform. Schliesslich habe die Bauherrschaft auch auf seiner Parzelle selbst Aufschüttungen vorgenommen, einen Zaun erstellt und einen neuen Grenzstein gesetzt.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², führte zu beiden Eingaben des Beschwerdeführers den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Beschwerdegegnerschaft beantragt mit Beschwerdeantwort vom 3. Juli 2020 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Rechtsamt nahm mit Verfügung vom 31. August 2020 eine summarische Prüfung vor und hielt zusammengefasst fest, zwischen 1960 und 1978 scheine eine Terrainaufschüttung stattgefunden zu haben. Nach Ansicht der Vorinstanz sei das Terrain von 1978 anwendbar. Es stelle sich jedoch die Frage, ob nicht das Terrain von 1960 massgebend sei. Betreffend die Zaunhöhe stelle sich überdies die Frage, ob der projektierte Zaun den Anforderungen an eine genügende Absturzsicherung genüge. Das Rechtsamt gab den Beteiligten Gelegenheit, sich zur summarischen Prüfung sowie zur Frage einer allfälligen Wiederherstellung zu äussern. Von dieser Gelegenheit machten die Vorinstanz mit Eingabe vom

¹ Verfahren RA-Nr. 110/2019/65

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (OrV BVD; BSG 152.221.191)

28. September 2020 und die Beschwerdegegnerschaft mit Eingabe vom 2. Oktober 2020 Gebrauch. Mit Verfügung vom 17. November 2020 gab das Rechtsamt den Beteiligten zudem Gelegenheit zum Einreichen von Schlussbemerkungen. Mit Eingaben vom 4. Dezember 2020 und 8. Dezember 2020 reichten der Beschwerdeführer sowie die Beschwerdegegnerschaft ihre Schlussbemerkungen ein.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Baumentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Fristen sind auch gewahrt, wenn die Eingabe rechtzeitig bei einer unzuständigen bernischen oder eidgenössischen Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde eingereicht worden ist (Art. 42 Abs. 3 VRPG⁴). Hält sich die angerufene Behörde für unzuständig, so leitet sie die Eingabe gemäss Art. 4 Abs. 1 VRPG an die zuständige Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörde weiter.

Der Beschwerdeführer reichte bei der BVD mit Postaufgabe am 25. Mai 2020 eine als «Baubeschwerde gegen Baumentscheid Baugesuchs-Nr. 2019-20 Gemeinde Fraubrunnen und Erhebung Rechtsverwahrung» betitelte Eingabe ein. Die BVD ist für die Beurteilung dieser Baubeschwerde zuständig. Ebenfalls am 25. Mai 2020 reichte der Beschwerdeführer eine als «Aufsichtsbeschwerde Baubewilligungsbehörde Fraubrunnen Baumentscheid, Baugesuch-Nr. 2019-20» bezeichnete Eingabe bei der DIJ ein. Die DIJ leitete das Schreiben dem Regierungsstatthalteramt Bern-Mittelland weiter und dieses wiederum liess die Eingabe mit dem Hinweis, es handle sich wohl um eine Baubeschwerde, zur weiteren Behandlung der BVD zukommen. Der Beschwerdeführer opponiert in der als Aufsichtsbeschwerde bezeichneten Eingabe ebenfalls gegen den Entscheid der Gemeinde Fraubrunnen vom 30. April 2020. Entsprechend zielen die dort vorgebrachten Einwände auf die Fehlerhaftigkeit des vorinstanzlichen Entscheids ab. Rügen, die nicht im Rahmen des vorliegenden Baubeschwerdeverfahrens, sondern in einem eigenständigen aufsichtsrechtlichen Verfahren zu prüfen wären, erhebt der Beschwerdeführer dagegen nicht. Die als Aufsichtsbeschwerde betitelte Eingabe ist aufgrund ihres Inhalts daher ebenfalls als Baubeschwerde zu qualifizieren und stellt der Sache nach eine Ergänzung der bei der BVD direkt eingegangenen Beschwerde dar. Die BVD ist damit auch für die Beurteilung dieser Eingabe zuständig. Aufgrund der diversen Weiterleitungen ging das Schreiben zwar erst am 2. Juni 2020 bei der BVD ein. Eine Frist gilt jedoch auch dann als gewahrt, wenn die Eingabe, wie vorliegend, rechtzeitig bei einer unzuständigen Behörde eingereicht worden ist (Art. 42 Abs. 3 VRPG). Der Beschwerdeführer hat damit die baurechtlichen Rügen in der als Aufsichtsbeschwerde bezeichneten Eingabe rechtzeitig erhoben (vgl. Art. 33 Abs. 3 VRPG).

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer, dessen Einsprache abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde wird somit eingetreten.

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

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

2. Anfechtungsobjekt und Streitgegenstand

a) Der Beschwerdeführer macht u.a. geltend, die Bauherrschaft habe auf seinem Grundstück Aufschüttungen vorgenommen, einen neuen Zaun erstellt sowie einen Grenzstein gesetzt.

b) Anfechtungsobjekt in einem Beschwerdeverfahren ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand bezeichnet denjenigen Teil des Anfechtungsobjektes, den die beschwerdeführende Partei von der Rechtsmittelinstanz überprüfen lassen will. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber nicht über dieses hinausgehen. Er wird mit dem Antrag und der Begründung in der Beschwerde festgelegt. Der Entscheid in der Sache ist ebenso wie das Verfahren grundsätzlich auf den Streitgegenstand begrenzt.⁵

c) Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Entscheid der Gemeinde Fraubrunnen vom 30. April 2020. Dieser umfasst die Bewilligung für die bereits errichtete Gartenmauer mit Zaun. Zugleich beinhaltet der Entscheid die Verpflichtung, das Vorhaben gemäss den Projektänderungsplänen vom 20. Januar 2020 anzupassen, d.h. die Mauer mit Zaun auf eine Höhe von maximal 2 m zu kürzen. Gegenstand der eingereichten Baugesuchsunterlagen und des angefochtenen Entscheids sind weder Erdverschiebungen noch die Versetzung eines Zauns auf der Parzelle des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz hält dies in Ziff. 3.5 des Entscheids vom 30. April 2020 zu Recht ausdrücklich fest. Die vom Beschwerdeführer gerügten Aufschüttungen auf seiner Parzelle sowie die monierte Erstellung eines Zauns auf seinem Grundstück sind demnach nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Dasselbe gilt für die vorgebrachte Setzung eines neuen Grenzsteins. Die diesbezüglichen Rügen und Anträge des Beschwerdeführers gehen über das Anfechtungsobjekt hinaus, weshalb auf diese nicht eingetreten werden kann.

d) Der Beschwerdeführer verlangt zudem, «das aktuelle Baubewilligungsverfahren ist zu sistieren auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen und gegebenenfalls zur Überarbeitung zurückzuweisen. [...]».⁶ Das Baubewilligungsverfahren wurde mit dem Entscheid der Gemeinde vom 30. April 2020 abgeschlossen. Auf den Sistierungsantrag hinsichtlich des beendeten vorinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens kann daher nicht eingetreten werden. Dass der Beschwerdeführer auch das vorliegende Beschwerdeverfahren sistiert haben möchte, lässt sich seinen Eingaben nicht entnehmen.

3. Kleines Baubewilligungsverfahren

a) Der Beschwerdeführer macht zunächst sinngemäss geltend, die Gemeinde hätte nicht bloss ein kleines Baubewilligungsverfahren durchführen dürfen.

b) Die ordentliche Baubewilligung wird in einem Verfahren mit Veröffentlichung des Baugesuchs, die kleine Baubewilligung hingegen in einem vereinfachten Verfahren ohne Veröffentlichung des Baugesuchs erteilt (Art. 32a BauG und Art. 32b Abs. 1 BauG). Das Baubewilligungsdekret bestimmt die Bauvorhaben, die wegen ihrer beschränkten Auswirkungen im vereinfachten Verfahren beurteilt werden können (Art. 32b Abs. 2 BauG). Eine kleine

⁵ Zum Ganzen Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 f. und Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 20a N. 28; Markus Müller, Bernische Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2011, S. 148 ff.

⁶ Eingabe des Beschwerdeführers «Aufsichtsbeschwerde Baubewilligungsbehörde Fraubrunnen Bauentscheid, Baugesuch-Nr. 2019-20» vom 24. Mai 2020, S. 2, erster Antrag

Baubewilligung ohne Veröffentlichung ist möglich, wenn baubewilligungspflichtige Bauvorhaben wie Kleinbauten, Unterhaltsarbeiten oder Änderungen nur die Nachbarinnen und Nachbarn betreffen. Diesfalls genügt die Mitteilung an diese Personen (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b BewD⁷). Die Mitteilung kann unterbleiben, wenn die betroffenen Nachbarinnen und Nachbarn und gegebenenfalls die privaten Organisationen und die kantonalen Fachstellen dem Vorhaben schriftlich zugestimmt haben (Art. 27 Abs. 4 BewD). Als Vorhaben, die im Verfahren der kleinen Baubewilligung geprüft werden können, gelten nach Art. 27 Abs. 1 BewD u.a. Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen.⁸

c) Das streitbetroffene Vorhaben umfasst die Errichtung einer Stützmauer mit Zaun und damit eine typische Baute, die mittels kleiner Baubewilligung ohne Veröffentlichung genehmigt werden kann. Die Grundeigentümerinnen und -eigentümer bzw. Mieterinnen und Mieter der umliegenden Grundstücke Fraubrunnen Grundbuchblatt Nrn. B._____, G._____, H._____, I._____ und K._____ haben grösstenteils ihre Zustimmung zum Vorhaben erklärt.⁹ Soweit keine unterschriftliche Zustimmung vorliegt, teilte die Gemeinde den betreffenden Personen das Vorhaben gemäss Art. 27 BewD mit.¹⁰ Das formelle Vorgehen der Gemeinde ist damit nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer konnte ohne weiteres Einsprache gegen das Gesuch erheben und seine Rechte vollumfänglich wahrnehmen, was er auch getan hat. Die Rüge des nicht korrekten Verfahrens ist daher abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

4. Bewilligungsfähigkeitsfähigkeit des Vorhabens

a) Der Beschwerdeführer ist im Wesentlichen der Ansicht, die Mauer hätte aufgrund ihrer Grösse und Dimension eine Ausnahme erfordert. Die Höhe sei vom effektiven Gelände zu messen, wie es 1960 bestanden habe. Das höher gelegene Terrain von 1978 sei nicht massgebend. Demgegenüber bringt die Beschwerdegegnerschaft zusammengefasst vor, die Höhe sei vom Terrain von 1978 zu messen. Zwar sei in den Bauplänen sowohl das Terrain von 1978 als auch jenes von 1960 eingezeichnet. Die Angaben zum Terrain von 1960 würden jedoch nur dem ungefähren Vergleich dienen und könnten nicht als Basis für allfällige Wiederherstellungsmassnahmen herangezogen werden. Das effektive Gelände von 1960 sei heute nicht mehr im Detail feststellbar. Das Terrain sei allerdings seit mindestens 1978 unverändert. Werde das Vorhaben vom Terrain 1978 gemessen, halte es die zulässigen Masse ein. Auch die Vorinstanz ist der Ansicht, massgebend für die Bestimmung der Bauhöhe sei das Terrain von 1978.

b) Die Gemeinde Fraubrunnen hat ihr Baureglement noch nicht an die BMBV¹¹ angepasst. Die Gebäudehöhe sowie die Messweise für die übrigen Bauten und Anlagen bemessen sich daher grundsätzlich nach Art. 97 aBauV¹² (Art. 34 Abs. 1 und 2 BMBV). Gemäss Art. 97 Abs. 1 aBauV ist die Bauhöhe ab gewachsenem Boden zu messen. Als solcher gilt das Terrain, wie es vor Baubeginn besteht. Ist die Oberfläche des Baugrundstücks jedoch sichtbar durch künstliche Terrainauffüllungen gehoben, ist laut Art. 97 Abs. 2 aBauV entweder vom ursprünglichen Terrain aus zu messen, wenn die Baubewilligung für die Auffüllung einen entsprechenden Vorbehalt

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

⁸ Vgl. zum Ganzen Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kanton Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 32-32d N 5 und Art.35-35c N. 7

⁹ Vorakten Baugesuchs-Nr. 2019-20, p. 43

¹⁰ Vorakten Baugesuchs-Nr. 2019-20, p. 35-42

¹¹ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

¹² Die per 1. August 2011 aufgehobenen Bestimmungen der BauV sind noch zu finden unter www.jgk.be.ch / Baubewilligungen / Rechtliche Grundlagen / Bau- und Planungsrecht / Bish. Artikel 93 bis 98 der BauV

enthält (Bst. a), oder bei Einfriedungen zwischen beidseitig aufgeschütteten Grundstücken vom tieferen fertigen Terrain aus (Bst. b), und in den übrigen Fällen vom Niveau aus, das dem umgebenden natürlichen Geländeverlauf entspricht (Bst. c).

Zwischen 1960 und 1978 fand eine Aufschüttung des Terrains statt. Entsprechend zeichnete die Bauherrschaft in den Baugesuchsplänen sowohl das Terrain von 1960 als auch das höhere Terrain von 1978 ein. Aufgrund der sichtbar erfolgten Aufschüttung ist Art. 97 Abs. 1 aBauV nicht anwendbar und es ist nach Abs. 2 der Bestimmung vorzugehen. Eine Baubewilligung mit einem Vorbehalt, wonach die Bauhöhe vom ursprünglichen Terrain aus zu messen ist, liegt unbestrittenermassen nicht vor (Bst. a).¹³ Auch handelt es sich bei der vorliegenden Mauer nicht um eine Stützmauer zwischen beidseitig aufgeschütteten Grundstücken (Bst. b). Somit ist gemäss Art. 97 Abs. 2 Bst. c aBauV vorzugehen, wonach «im übrigen» vom Niveau aus zu messen ist, das dem umgebenden natürlichen Geländeverlauf entspricht. Anders als die Gemeinde in der Eingabe vom 23. September 2020 geltend macht, führt die Anwendung von Bst. c als Auffangtatbestand nicht dazu, dass Bst. a obsolet wird: Wird die Höhe anhand des umgebenden natürlichen Geländeverlaufs im Sinn von Bst. c bestimmt, kann durchaus von einem höheren als dem ursprünglichen Terrain gemäss Bst. a gemessen werden, sofern der umgebende natürliche Geländeverlauf höher liegt. Die Bestimmungen haben also unterschiedliche Anknüpfungspunkte und führen nicht notwendigerweise zum selben Ergebnis. Eine Bauherrschaft soll aufgrund von Terrainaufschüttungen aber nicht Bauhöhen realisieren können, die sich ausserhalb der Messregel der Grundsatznorm bewegen.¹⁴ In der Rechtsprechung wird Bst. c seinem Wortlaut entsprechend («im übrigen») folgerichtig stets dann herangezogen, wenn Bst. a und Bst. b von Art. 97 Abs. 2 aBauV nicht einschlägig sind.¹⁵ Ebenfalls nichts an der Anwendbarkeit von Bst. c ändert das Vorbringen der Beschwerdegegnerschaft, wonach der natürliche Geländeverlauf nicht mehr rekonstruierbar sei. Die Bauherrschaft hat in den Baugesuchsplänen nicht nur den Terrainverlauf von 1978, sondern auch das tieferliegende Gelände von 1960 exakt angegeben und vermassst. Auf diese Angaben in den eigenen Plänen hat sich die Beschwerdegegnerschaft behaften zu lassen. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdegegnerin 2 bereits in den Plänen des Baugesuchsverfahrens Nr. 2018-59 das Terrain von 1960 explizit als «Terrain gewachsen» bezeichnet und die Gebäudehöhe anhand des Terrains von 1960 angegeben hat. Im damaligen Schreiben vom 27. November 2018 hat sie sogar ausdrücklich festgehalten, das gewachsene Terrain und die bestehenden Gebäudehöhen seien aus den Plänen – welche dem Gesagten zufolge auf das Terrain von 1960 abstellten – ersichtlich.¹⁶ Die Beschwerdegegnerschaft verhält sich widersprüchlich, wenn sie nun ausführt, das Terrain von 1960 sei schlicht nicht mehr rekonstruierbar und diene nur als ungefährender Vergleich. Die Akten enthalten schliesslich keine Hinweise, wonach das Gelände bereits vor 1960 Änderungen erfahren hätte. Dies wird denn auch von keinem der Beteiligten geltend gemacht. Die Feststellung des Geländeverlaufs durch einen unabhängigen Sachverständigen, wie es der Beschwerdeführer vorbringt, ist somit nicht erforderlich; der entsprechende Antrag ist abzuweisen. Vielmehr kann für das umliegende natürliche Gelände im Sinn von Art. 97 Abs. 1 Bst. c aBauV auf das Terrain von 1960 abgestellt werden, wie es in den Planunterlagen der Bauherrschaft dargestellt ist.

c) Gemäss Art. 9 Abs. 4 GBR¹⁷ sind Stützmauern, auf die aus Gründen der schwierigen Topographie nicht verzichtet werden kann, in Grund- und Aufriss zu gliedern. Stützmauern mit

¹³ Eingabe der Gemeinde Fraubrunnen vom 23. September 2020; Eingabe der Beschwerdegegnerschaft vom 1. Oktober 2020 Ziff. 1.5 sowie Eingabe des Beschwerdeführers vom 4. Dezember 2020

¹⁴ Vgl. VGE Nr. 100.2007.22900 vom 5. Mai 2008, E. 3.3.3

¹⁵ Entscheid BVD vom 26. März 2019, RA-Nr. 110/2019/15 E. 2.d; Entscheid BVD vom 6. November 2015, RA-Nr. 110/2015/69 E. 4.e; Entscheid BVD vom 25. August 2015, RA-Nr. 110/2015/81 E. 2.d; Entscheid BVD vom 4. Februar 2013, RA-Nr. 110/2012/130 E. 4.b; Entscheid BVD vom 8. Juni 1993, RA-Nr. 110/1992/156 E. 2.b

¹⁶ Vorakten Baugesuchs-Nr. 2019-20, p. 33

¹⁷ Baureglement Schalunen vom 15. Juli 2013

einer Länge von mehr als 30 m oder einer Höhe von mehr als 1.20 m (bis maximal 2.0 m Höhe) werden gemäss der Bestimmung nur in begründeten Ausnahmefällen bewilligt.

Die Vorinstanz erachtet die Höhenvorgaben gemäss Art. 9 Abs. 4 GBR auch für Stützmauern in Kombination mit einem Zaun als anwendbar.¹⁸ Diese Auslegung ist unter Berücksichtigung der Gemeindeautonomie nicht zu beanstanden. Sie entspricht auch der gängigen Praxis, wonach die Höhe einer Mauer und die Höhe eines Zauns zusammengerechnet werden, wenn die übereinander liegenden Anlagen – wie dies vorliegend der Fall ist – einen funktionellen Zusammenhang aufweisen.¹⁹

Ausgehend vom Terrain von 1960 und den Baugesuchsplänen beträgt die Mauerhöhe zwischen 1.37 m und 1.47 m. Der Zaun misst zwischen 88 cm und 91 cm. Zusammengerechnet ist die Konstruktion damit zwischen 2.28 m und 2.35 m hoch. Art. 9 Abs. 4 GBR erlaubt in Ausnahmefällen Stützmauern bis zu einer maximalen Höhe von 2 m. Das vorliegende Vorhaben überschreitet diese Maximalhöhe und widerspricht damit Art. 9 Abs. 4 GBR. Gründe für eine Ausnahme gemäss Art. 26 BauG, soweit die Bestimmung überhaupt anwendbar ist, sind nicht ersichtlich und werden von der Beschwerdegegnerschaft auch nicht geltend gemacht. Das Vorhaben ist in der nachgesuchten Form demnach nicht bewilligungsfähig.

5. Teilweise Bewilligung

a) Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG gegebenenfalls zu prüfen, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann. Im vorliegenden Fall kann in diesem Sinne geprüft werden, ob die Mauer als solche sowie der sich darauf befindende Zaun bis zu einer Maximalhöhe von 2 m zu bewilligen sind.

b) Die Stützmauer ist für sich alleine betrachtet zwischen 1.37 m und 1.47 m hoch. Sie ist damit höher als die in Art. 9 Abs. 4 GBR grundsätzlich vorgesehenen 1.20 m, aber weniger hoch als die in Ausnahmefällen maximal zulässigen 2 m. Die Vorinstanz erachtet die Ausnahmebedingungen von Art. 9 Abs. 4 GBR als erfüllt. Sie führt im angefochtenen Entscheid aus, die Anlage trete nicht auffällig in Erscheinung. Bezogen auf die Situation vor Ort mit der starken Hanglage sei die Duldung bis 2 m Höhe vertretbar. Diese Ausführungen der ortskundigen Vorinstanz sind nachvollziehbar und werden vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten. Ein Ausnahmegesuch für die Überschreitung der Höhe von 1.20 m ist nicht erforderlich, da es sich bei Art. 9 Abs. 4 GBR um eine sog. unechte Ausnahme handelt.²⁰ Die Anwendung solcher Ermächtigungsklauseln setzen, kein Ausnahmegesuch voraus, wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend ausführt.

c) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Bauherrschaft habe bei der Bauausführung grosse Erdverschiebungen mit hohen Gewichten vorgenommen. Dadurch sei die Gefahr von Murgängen auf seiner Parzelle massiv erhöht worden, zumal sich sein Grundstück in einem Gefahreng Gebiet befinde.

Gemäss Art. 21 Abs. 1 BauG sind Bauten und Anlagen so zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten, dass weder Personen noch Sachen gefährdet werden. Nach Art. 57 Abs. 1 BauV²¹ sind bei der Erstellung von Bauten und Anlagen die anerkannten Regeln der Baukunde

¹⁸ Vgl. auch Vorakten, p. 19

¹⁹ BSIG Nr. 7/725.1/1.1, Weisung vom 25. April 2019 betreffend baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG, Ziffer 2 Bst. i; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1b. N.8 Bst. i; VGE 2008/23270 vom 9. September 2009 E. 3

²⁰ Vgl. dazu Zaugg/Ludwig, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 26-31 N. 1

²¹ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

einzuhalten. Personen und Sachen dürfen weder durch den Bauvorgang noch durch den Bestand oder Betrieb von Bauten und Anlagen gefährdet werden. Mehr wird mit wenigen Ausnahmen im Baurecht nicht verlangt.

Aus der Naturgefahrenkarte 1:5000 des Kantons Bern ist ersichtlich, dass sich die Parzelle der Beschwerdegegnerschaft mit Ausnahme eines marginalen Abschnitts an der nordöstlichen Grundstücksgrenze nicht in einem Gefahrengebiet befindet. Demgegenüber liegt die Nachbarparzelle des Beschwerdeführers im hier interessierenden Bereich, d.h. entlang der gemeinsamen Grundstücksgrenze, im blauen Gefahrengebiet (mittlere Gefährdung). Die Gemeinde ersuchte das Amt für Wald des Kantons Bern, Abteilung Naturgefahren, um eine Einschätzung der Situation. Mit E-Mail vom 30. Juli 2019 hielt der Leiter der Abteilung Naturgefahren Folgendes fest:²²

«[...]

- Blaues Gefahrengebiet: Die Stützmauer tangiert in ihrer Lage das blaue Gefahrengebiet nicht in relevanter Weise. In diesem Fall braucht es daher keinen Fachbericht der Abteilung Naturgefahren.
- Hangstabilität: Das blaue Gefahrengebiet wird durch den Prozess Hangmuren verursacht. Hangmuren entstehen bei starken Niederschlägen, wenn sich wasserdurchtränktes Lockermaterial löst und als "Schlamm- bzw. Erdlawine" hangabwärts fliesst. Eine Stützmauer an der Kante zum steilen Hang wird die Auslösung von Hangmuren nicht negativ beeinflussen. Eine negative Beeinflussung wäre eher bei einem Hang zu erwarten, der sich ständig in Bewegung befindet (sogenannte permanente Rutschung) und eine zusätzliche Auflast erfährt. Eine solche permanente Rutschung ist hier aber nicht vorhanden. Unabhängig von Rutschprozessen können Massenumlagerungen zu Instabilitäten führen. Solche Instabilitäten sind jedoch nicht an ausgeschiedene Gefahrengebiete gebunden, sondern können auch ausserhalb davon auftreten. Sie zu verhindern gehört zur Sorgfaltspflicht jeder Bauherrschaft resp. durch sie beauftragte Planer oder Unternehmer. Die Abteilung Naturgefahren hat nicht die Aufgabe, solche potentiellen Instabilitäten zu überprüfen, da es sich hier allenfalls um künstlich herbeigeführte Risiken und nicht Naturgefahren im eigentlichen Sinne handelt. [...]

Die Einschätzung der Abteilung Naturgefahren, wonach die streitbetroffene Stützmauer kein erhöhtes Risiko von Hangmuren bewirkt, ist nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer begründet seine gegenteilige Auffassung nicht näher. Die BVD hat daher keine Veranlassung, von der Beurteilung der Fachbehörde abzuweichen. Die Gemeinde hat entsprechend den überzeugenden Ausführungen der Abteilung Naturgefahren zu Recht darauf verzichtet, einen förmlichen Fachbericht einzuholen. Dass die Beschwerdegegnerschaft beim Bau der Mauer die Regeln der Baukunde nicht eingehalten hätte, ist ebenfalls nicht ersichtlich, zumal die Mauer bereits errichtet ist und es bisher zu keinen aktenkundigen Zwischenfällen gekommen ist. Der Beschwerdeführer vermag aus seinem Vorbringen, die Mauer sei ohne Fundament erstellt worden, daher nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

d) Der Beschwerdeführer rügt weiter, es seien weder Gutachten noch Fachberichte über Naturgefahren, Landschaftsschutz, Geologie, Baugrund, usw. eingeholt worden sei. Auch die Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) sei nicht befragt worden.

Gemäss Art. 22 Abs. 1 BewD konsultiert die Baubewilligungsbehörde die zuständigen kantonalen Fachstellen gemäss Verzeichnis der zuständigen Stelle der Direktion für Inneres und Justiz (DIJ), wenn gegen ein Vorhaben Bedenken oder Einwände der nachgenannten Art bestehen, die nicht offensichtlich unbegründet sind: Beeinträchtigung des Ortsbildes oder der Landschaft (Bst. a), Gefährdung der Sicherheit oder allgemeinen Gesundheit (Bst. b), feuerpolizeiliche Bedenken (Bst. c), Missachtung von Vorschriften über Vorkehren im Interesse Behinderter (Bst. d), Verletzung von Umweltvorschriften (Bst. e), Gefährdung durch Naturgefahren in roten oder blauen

²² Vorakten Baugesuchs-Nr. 2019-20, p. 22

Gefahrengebieten, in Gefahrengebieten mit noch nicht bestimmter Gefahrenstufe und bei besonders sensiblen Bauten in gelben Gefahrengebieten (Bst. f). Gemäss dem seit dem 1. April 2017 in Kraft stehenden Art. 22a Abs. 1 BewD konsultiert die Baubewilligungsbehörde die OLK bei prägenden Bauvorhaben, gegen die ästhetische Bedenken oder Einwände bestehen, die nicht offensichtlich unbegründet sind und die das Ortsbild oder die Landschaft beeinträchtigen können, insbesondere in folgenden Gebieten: In einem Gebiet des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN), in einem Gebiet des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) oder in einem Ortsbild- oder Landschaftsschutzgebiet im Sinn von Art. 86 BauG. Gemäss den Materialien zu Art. 22a Abs. 1 BewD müssen für die zwingende Beurteilung durch die OLK im Baubewilligungsverfahren alle drei darin genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, d.h. prägendes Bauvorhaben, nicht offensichtlich unbegründete Bedenken oder Einwände sowie mögliche Beeinträchtigung von Ortsbild und Landschaft.²³ Die Begutachtung der OLK soll sich also auf die prägenden Bauvorhaben an exponierter oder gut einsehbarer Lage konzentrieren.²⁴

Die streitbetroffene Mauer befindet sich nicht in einem Landschaftsschutzgebiet und auch nicht in einem BLN oder einem im ISOS eingetragenen Gebiet. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid überdies festgehalten, das Vorhaben trete nicht auffällig in Erscheinung. Diese Beurteilung der ortskundigen Vorinstanz ist anhand des Situationsplans sowie der Fotos in den Verfahrensakten²⁵ nicht zu beanstanden. Eine «Festungsmauer» an einer «landschaftlich stark exponierten Lage», wie der Beschwerdeführer geltend macht, liegt nicht vor. Die Gemeinde durfte damit auf den Beizug der OLK verzichten. Hinsichtlich des Naturschutzes hat das Amt für Wald mit E-Mail vom 16. April 2019 sodann nachvollziehbar festgehalten, von Seiten der Waldabteilung sei kein Bericht notwendig. Soweit der Beschwerdeführer einen Fachbericht zu den Naturgefahren verlangt, kann schliesslich auf das in E. 5.c Gesagte verwiesen werden. Damit hat die Vorinstanz zu Recht auf das Einholen der vom Beschwerdeführer geforderten Berichte verzichtet.

e) Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, die Stützmauer diene nicht der Hangsicherung, sondern sei ein Luxusobjekt und eine «Aussichtsplattform».

Bauvorhaben sind zu bewilligen, wenn sie den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften und den nach anderen Gesetzen im Baubewilligungsverfahren zu prüfenden Vorschriften entsprechen (Art. 2 Abs. 1 BauG). Im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben ist die Bauherrschaft frei, ihren Vorstellungen entsprechend zu bauen. Die Mauer ist in den Hang gebaut und nimmt eine Stützfunktion wahr. Zwar bildet sie zugleich den Abschluss der Hausterrasse. Dies ist für die Bewilligungsfähigkeit der hier zu beurteilenden Stützmauer jedoch unerheblich. Ebenfalls unerheblich ist, ob die Stützmauer in dieser Form zwingend notwendig ist oder ob es sich um ein «Luxusobjekt» handelt. Ein Bedarfsnachweis ist nicht erforderlich und nicht Voraussetzung der hier zu beurteilenden Bewilligungsfähigkeit der Mauer. Für die Mauer ist demnach die Bewilligung zu erteilen.

f) Die Vorinstanz beurteilte den Zaun auf der Mauer ebenfalls als grundsätzlich bewilligungsfähig. Wie dargelegt, erachtet sie in ihrem Entscheid eine Höhe bis zu 2 m aufgrund der besonderen Situation vor Ort als vertretbar. Ausserdem sei der Zaun leicht rückversetzt, womit eine Staffelung vorliege. Die Anlage trete auch mit Zaun nicht auffällig in Erscheinung. Die Beurteilung der Vorinstanz ist dem Gesagten zufolge nicht zu beanstanden und nur insoweit

²³ Vgl. Vortrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (seit 1. Januar 2020 Direktion für Inneres und Justiz) vom 2. September 2015 betreffend Baugesetz (Änderung) und Dekret über das Baubewilligungsverfahren (Änderung), Tagblatt des Grossen Rates, Januarsession 2016, Beilage 8, S. 7, 54; VGE 2019/414 vom 15. Dezember 2020, E. 3.4

²⁴ Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Baugesetzes und des Dekrets über das Baubewilligungsverfahren vom 9. Juni 2016 Ziff. 3.4.3

²⁵ Beilagen 4a+b, 5a+b sowie 12 zur Beschwerdeantwort vom 3. Juli 2020

fehlerhaft, als die Vorinstanz bei der Bestimmung der konkreten Höhe vom Terrain von 1978 anstatt von jenem von 1960 ausgegangen ist. Damit ist auch der auf der Stützmauer errichtete Zaun bewilligungsfähig, soweit er zusammen mit der Mauer und gemessen vom Terrain 1960 die Höhe von 2 m nicht überschreitet. Angesichts dieser weitgehenden Bewilligungsfähigkeit des Vorhabens kann ein Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot oder eine unerwünschte Präjudizwirkung, wie dies vom Beschwerdeführer ebenfalls geltend gemacht wird, zum Vornherein nicht vorliegen.

6. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Bei der Beurteilung eines nachträglichen Baugesuchs entscheidet die Baubewilligungsbehörde im Falle des Bauabschlags zugleich, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellungsmassnahme muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD). 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.²⁶ Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann unterbleiben, wenn die verantwortliche Person in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des unrechtmässigen Zustandes nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt.²⁷

b) Vorliegend ist Rahmen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands der Zaun so weit zu kürzen, dass er in Kombination mit der Mauer und gemessen vom Terrain 1960 nicht mehr zu einer Überschreitung der maximal zulässigen Höhe von 2 m führt. Die Vorinstanz erliess zwar bereits in Ziff. 4.2 des angefochtenen Entscheids eine Wiederherstellungsanordnung, wonach die Bauherrschaft den Zaun teilweise zurückzubauen habe. Wie dargelegt, ging die Vorinstanz allerdings zu Unrecht vom Terrain von 1978 aus. Die verfügte Kürzung genügt demnach nicht, um den rechtmässigen Zustand herzustellen. Aus den Baugesuchsplänen ergibt sich vielmehr, dass der Zaun in den dort dargestellten Schnitten die folgenden Maximalmasse aufweisen darf, damit die Gesamthöhe von 2 m nicht überschritten wird: Schnitt A-A 53 cm, Schnitt B-B 57 cm, Schnitt C-C 59 cm und Schnitt D-D 63 cm.

c) Der von der Wiederherstellung betroffene Zaun muss überdies den Anforderungen an eine ausreichende Absturzsicherung genügen (Art. 57 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 BauV). Für die Geländer von Hochbauten sind die Vorgaben der SIA-Norm 358 «Geländer und Brüstungen» massgebend. Demnach beurteilen sich die Anforderungen an Geländer und Brüstungen im Einzelfall aufgrund eines Gefährdungsbildes. Bei Wohnbauten, und damit auch im vorliegenden Fall, ist das Gefährdungsbild 1 «Fehlverhalten von unbeaufsichtigten Kindern» anwendbar. Dieses schreibt ein mindestens 1 m hohes Schutzelement vor, wenn die Absturzhöhe mehr als 1 m beträgt (Ziff. 2.1.2 und 3.1.3). Bei Absturzhöhen bis 1.50 m kann der Schutz auch darin bestehen, dass die Zugänglichkeit des Randes von begehbaren Flächen durch geeignete Massnahmen wie Bepflanzung oder dergleichen erschwert wird (Ziff. 2.1.4). Anders als die Beschwerdegegnerschaft ausführt, kann von den Anforderungen an die Sicherheit auch bei selbstbewohntem Eigentum keine Ausnahme gemacht werden. Die Baubewilligungsbehörde muss die Sicherheitsvorschriften

²⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9

²⁷ BVR 2006 S. 444 E. 6.1.

unabhängig davon, wer ein Gebäude bewohnt, durchsetzen.²⁸ Demensprechend sieht die heute geltende SIA-Norm 358 im Gegensatz zu derjenigen, die ab 1996 bis Februar 2010 in Kraft war, auch bei selbstbewohntem Eigentum keine Ausnahmen mehr von diesen Vorschriften vor.

d) Weil die vorliegende Mauer nirgends über 1.50 m hoch ist, kann gemäss Ziff. 2.1.4 der SIA-Norm 358 eine genügende Absturzsicherung in Form einer geeigneten Bepflanzung erfolgen. Pflanzungen sind nach Art. 6 Abs. 1 Bst. r BewD generell baubewilligungsfrei.²⁹ Anders als z.B. Zäune werden sie daher nicht zur Höhe der Mauern, auf denen sie sich befinden, hinzugerechnet.³⁰ Gegenstand der nachfolgend zu prüfenden Wiederherstellung ist also nicht nur die Kürzung des Zauns auf das zulässige Mass, sondern zugleich auch dessen absturzsichere Bepflanzung. Eine solche Bepflanzung wäre im Übrigen selbst ohne Zaunkürzung zu prüfen gewesen, weil der Zaun auch in der projektierten Form teilweise weniger als 1 m hoch ist und damit den Anforderungen an eine genügende Absturzsicherung nicht entsprochen hätte.

e) Mit einem Rückbau des Zauns auf das zulässige Mass kann den Höhenvorgaben von Art. 9 Abs. 4 GBR Nachachtung verschafft werden. Mit der gleichzeitigen Bepflanzung des Zauns kann zudem die Zugänglichkeit zum Rand der Mauer erschwert und die Absturzsicherheit erreicht werden. Die Massnahmen sind demnach zur Herstellung des rechtmässigen Zustands geeignet. Andere Schutzelemente als eine Bepflanzung führen zu einer Überschreitung der Maximalhöhe, weshalb hinsichtlich der Absturzsicherheit kein gleich geeignetes, aber milderer Mittel als eine Bepflanzung ersichtlich ist. Die Massnahmen sind damit auch erforderlich. Die in den Baugesuchsplänen vorgesehene Zaunhöhe überschreitet das zulässige Mass entgegen den Ausführungen der Bauherrschaft zudem nicht nur geringfügig. Vielmehr entspricht der Rückbau auf die erlaubte Höhe einer Kürzung um bis zu 40 %.³¹ Hinsichtlich der Zaunkürzung hat die Bauherrschaft im Rahmen einer Projektänderung im vorinstanzlichen Verfahren bereits selbst eine Reduktion der Höhe vorgesehen. Ob der Zaun lediglich auf das projektierte Mass oder auf die für die Wiederherstellung notwendigen Masse zurückgebaut wird, ist für den anfallenden Aufwand der Bauherrschaft unerheblich. Die Massnahme der Bepflanzung dient schliesslich der Absturzsicherheit und entspricht damit einem zwingenden öffentlichen Interesse. Daran ändert wie dargelegt nichts, dass sich die Mauer auf einem privaten Grundstück befindet. Die Bepflanzung des Zauns verursacht einen verhältnismässig kleinen Aufwand für die Bauherrschaft. Die Beschwerdegegnerschaft weist in Ziff. 3.6 ihrer Eingabe vom 1. Oktober 2020 denn auch selbst darauf hin, eine Bepflanzung des Zauns sei denkbar. Die Massnahmen sind demnach zumutbar.

f) Die Beschwerdegegnerschaft macht geltend, auf die Wiederherstellung sei aus Gründen des Vertrauensschutzes zu verzichten. Sie hätte bei der Gemeinde vorgängige Abklärungen getroffen. Entsprechend der Auskunft der damaligen Bauverwaltung hätte sie, die Beschwerdegegnerschaft, gutgläubig darauf vertraut, die Gartenmauer dürfe baubewilligungsfrei errichtet werden. Die Gemeinde sei zur Auskunft zuständig gewesen. Damit sei ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden. Der Grund für die Baubewilligungspflicht sei letztlich auch nicht die Gartenmauer selber, sondern die neue Absturzsicherung, deren Höhe bisher nicht mitberücksichtigt worden sei.

²⁸ Vgl. Jürg Gasche, die Geländernorm SIA 358 unter der Lupe eines Juristen in: Dokumentation D 0158, Geländer und Brüstungen, Aspekte zur Anwendung der Norm SIA 358, S. 44.

²⁹ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1b. N.8 Bst. i; Vortrag des Regierungsrates an den Gossen Rat betreffend das Dekret über das Baubewilligungsverfahren und das Dekret über das Normalbaureglement (Änderungen) vom 8. April 2008, S. 8; BSIG Nr. 7/725.1/1.1, a.a.O., Ziffer 2 Bst. r

³⁰ Vgl. auch Entscheid der BVD vom 20. Februar 2020, RA-Nr. 120/2019/47 E. 4.j

³¹ Gemäss Höhenvergleich im Schnitt A-A

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes ist in Art. 9 BV³² geregelt und gibt Privaten einen Anspruch darauf, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden.³³ Der Vertrauensschutz setzt eine Vertrauensgrundlage voraus. Eine solche liegt vor, wenn das Verhalten eines staatlichen Organs bei einer Privatperson bestimmte und berechnete Erwartungen auslöst.³⁴ Auskünfte, die Dritten erteilt worden sind und von diesen weitergeleitet werden, stellen keine geeignete Vertrauensgrundlage dar. Die behördliche Zusicherung gilt grundsätzlich nur für den unmittelbaren Empfänger. Überdies darf die betroffene Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen können und sie muss im Vertrauen auf die Information nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen haben. Selbst wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind (Bestehen einer Vertrauensgrundlage und Vertrauensbetätigung), können sich Private nicht darauf berufen, falls den privaten Interessen ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht.³⁵

Aus den Vorakten ergibt sich, dass sich ursprünglich L._____ und nicht die Beschwerdegegnerschaft bei der Gemeinde nach der Baubewilligungspflicht informiert hat.³⁶ Soweit die Gemeinde L._____ eine Auskunft erteilt hat, war diese Auskunft zum Vornherein nicht geeignet, einen Vertrauenstatbestand zu schaffen, da L._____ vorliegend nicht zur Bauherrschaft gehört und auch nicht Partei im Beschwerdeverfahren ist. Die Beschwerdegegnerin 2 hat die Gemeinde lediglich über den Bau der Gartenmauer informiert. Anlässlich dieser Information soll die Gemeinde die Bewilligungspflicht zwar erneut verneint haben.³⁷ Ob die Beschwerdegegnerin 2 die Gemeinde vor oder erst nach der Errichtung der Mauer über den Bau informiert hat, geht aus den Akten jedoch nicht eindeutig hervor. Falls die Beschwerdegegnerin 2 der Gemeinde lediglich die Fertigstellung mitgeteilt hat, würde eine allfällige damalige Auskunft keine taugliche Vertrauensgrundlage bilden können, da zu diesem Zeitpunkt die mit dem Bau der Mauer verbundenen Dispositionen bereits getätigt worden wären. Selbst wenn sich die Beschwerdegegnerin 2 aber vor Baubeginn mit der Gemeinde in Verbindung gesetzt hätte, liegt kein Vertrauenstatbestand vor: Die fragliche Auskunft hat sich gemäss den Ausführungen der Beschwerdegegnerschaft lediglich auf die Baubewilligungspflicht der Gartenmauer bezogen. Der Mauer wird vorliegend die Bewilligung erteilt. Von der Wiederherstellung betroffen ist einzig der Zaun. Diesbezüglich erteilte die Gemeinde soweit ersichtlich keine Auskünfte oder Zusicherungen, die der vorliegenden Wiederherstellung entgegenstünden. Im Übrigen dient die Wiederherstellung auch der Sicherheit. Diese stellt ein zwingendes öffentliches Interesse dar, das einem allfälligen Vertrauenstatbestand ohnehin vorgeht. So konnte auch in dem von der Beschwerdegegnerschaft erwähnten Fall RA-Nr. 120/2015/169 trotz grundsätzlich bejahtem Vertrauensschutz nicht auf die Wiederherstellung verzichtet werden, soweit diese aus Sicherheitsgründen geboten war (vgl. dortige E. 2.c).

7. Rechtsverwahrung

Der Beschwerdeführer erwähnt im Titel seiner direkt bei der BVD eingereichten Beschwerde weiter, er würde Rechtsverwahrung erheben («Baubeschwerde gegen Bauentscheid Baugesuchs-Nr. 2019-20 Gemeinde Fraubrunnen und Erhebung Rechtsverwahrung»). Im Folgenden macht der Beschwerdeführer indes keine Ausführungen zur Rechtsverwahrung.

³² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

³³ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Aufl. 7, 2016, N. 624 f.

³⁴ BGE 125 I 267 S. 274, E. 4.c

³⁵ Zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 669 und 688 f.

³⁶ Vorakten Baugesuchs-Nr. 2019-20, p. 12, 28, 32, Vorakten Baugesuchs-Nr. 2018-59, p. 68

³⁷ Vorakten Baugesuchs-Nr. 2019-20, p. 12, 28, 32, Vorakten Baugesuchs-Nr. 2018-59, p. 68

Die Gemeinde hat in Ziff. 4.4 des Dispositivs des angefochtenen Bauentscheids vom 30. April 2020 festgehalten, der Bauherrschaft werde von den Rechtsverwahrungen des Beschwerdeführers Kenntnis gegeben. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wird der vorinstanzliche Entscheid mit Ausnahme der Ziffern 4.1 und 4.2 des Dispositivs bestätigt. Die nicht abgeänderten Anordnungen, zu denen auch Ziff. 4.4 mit der Kenntnissgabe der Rechtsverwahrung gehört, werden demnach übernommen. Damit gilt auch die Kenntnissnahme und -gabe der Rechtsverwahrung des Beschwerdeführers als erfolgt. Eine erneute Rechtsverwahrung im oberinstanzlichen Verfahren ist nicht notwendig. Dem Beschwerdeführer fehlt es insofern an einem Rechtsschutzinteresse (vgl. Art. 65 VRPG), weshalb auf den Antrag zur Rechtsverwahrung, sofern die Formulierung im der Titel als solcher zu verstehen ist, nicht eingetreten werden kann.

8. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Mauer mit Zaun zu Recht als baubewilligungsfähig beurteilt hat, soweit diese die Maximalhöhe von 2 m nicht überschreiten. Bei der Bestimmung der Höhe ist die Vorinstanz indes von einem nicht korrekten Terrain ausgegangen. Dem das zulässige Mass überschreitenden Zaunteil ist daher der teilweise Bauabschlag zu erteilen. Im Rahmen der Wiederherstellung ist der Zaun auf die erlaubte Höhe zu kürzen und mittels Bepflanzung absturzsicher auszugestalten.

b) Die Grundsätze der Kostenverlegung sind in Art. 108 VRPG geregelt. Demnach werden die Verfahrenskosten 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 Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird auf CHF 1500.-- festgesetzt (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV³⁸).

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten 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. Die Beschwerdegegnerschaft kann nicht als vollständig obsiegend gelten, da die Beschwerde entgegen ihren Anträgen nicht vollständig abgewiesen wird. Vielmehr dringt der Beschwerde insoweit durch, als für den Zaun der teilweise Bauabschlag sowie Wiederherstellungsmassnahmen angeordnet werden. Im Vergleich zur Gesamtkonstruktion und zu den Rügen des Beschwerdeführers kommt der verfügbaren Kürzung und Bepflanzung des Zauns jedoch eine bloss untergeordnete Bedeutung zu. Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdegegnerschaft zu drei Vierteln als obsiegend zu betrachten. Die Beschwerdegegnerschaft hat daher einen Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 375.--, zu tragen. Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haften solidarisch für diesen Betrag. Die übrigen Verfahrenskosten von CHF 1125.-- hat der zu drei Vierteln unterliegende Beschwerdeführer zu tragen.

c) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt

³⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

Die Kostennote des Anwalts der Beschwerdegegnerschaft beläuft sich auf CHF 4806.95 (Honorar inkl. MWST CHF 4523.40, Auslagen inkl. MWST CHF 283.55) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Analog zur Verteilung der Verfahrenskosten hat der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerschaft demnach drei Viertel der Parteikosten, ausmachend CHF 3605.20, zu ersetzen. Beim nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer sind keine ersatzfähigen Parteikosten angefallen (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

III. Entscheid

1. Ziff. 4.1 des Entscheids der Gemeinde Fraubrunnen vom 30. April 2020 wird insoweit aufgehoben, als sie die Bewilligung des über das zulässige Mass hinausgehenden Zaunteils umfasst. Die Bewilligung für die Mauer und den Zaun werden lediglich so weit erteilt, als sie zusammengerechnet und gemessen vom Terrain 1960 die Gesamthöhe von 2 m nicht überschreiten.
2. Ziff. 4.2 des Entscheids der Gemeinde Fraubrunnen vom 30. April 2020 wird aufgehoben und durch folgende Anordnung ersetzt:
«Der bereits erstellte Zaun ist so weit zu kürzen, dass er zusammen mit der Mauer und gemessen vom Terrain 1960 nirgends die Maximalhöhe von 2.0 m überschreitet. Der auf das zulässige Mass gekürzte Zaun ist zudem so zu bepflanzen, dass die Zugänglichkeit zum Rand der Mauer erschwert und die Absturzsicherheit gewährleistet ist. Die Kürzung inklusive Bepflanzung des Zauns haben bis zum 31. Oktober 2021 zu erfolgen.»
3. Im Übrigen wird der Entscheid der Gemeinde Fraubrunnen vom 30. April 2020 bestätigt und die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
4. Die Verfahrenskosten werden auf CHF 1500.-- festgelegt. Davon hat der Beschwerdeführer drei Viertel, ausmachend CHF 1125.--, und die Beschwerdegegnerschaft ein Viertel, ausmachend CHF 375.--, zu bezahlen. Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haften solidarisch für den auf sie entfallenden Anteil der Verfahrenskosten. Separate Zahlungseinladungen folgen, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
5. Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerschaft Parteikosten in der Höhe von CHF 3605.20 (inkl. Auslagen und MWST) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn C._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Fraubrunnen, Bauverwaltung, eingeschrieben

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

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.