



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2022/108

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 3. Februar 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **E.**_____
Beschwerdeführer 3

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F._____

und

Herrn **G.**_____
Beschwerdegegner 1

Frau **H.**_____
Beschwerdegegnerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt I._____

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Merzligen, Gemeindeverwaltung, Schulgasse 3,
3274 Merzligen**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Merzligen vom 25. Mai
2022 (Baugesuch-Nr. 741-08/18; Nachträgliche Bewilligung Umgebungsgestaltung)

I. Sachverhalt

1. Für die Gartenanlage ihres neuen Einfamilienhauses nahmen der Beschwerdegegner und die Beschwerdegegnerin eine Umgestaltung des Geländes vor. Zur Sicherung der Aufschüttungen wurden Stützmauern aus grossen Blocksteinen erstellt. An der südlichen Parzellengrenze entstand eine rund 3 m hohe Stützmauer aus Blocksteinen, auf der eine TerraMur (erdbewehrtes Stützsystem) erstellt wurde. Zuoberst steht ein Maschendrahtzaun als Absturzsicherung. Zur

Einfriedung der östlichen und nördlichen Grundstücksgrenze wurde (östlich auf einer Stützmauer) ein blickdichter Holzlattenzaun erstellt. Im untersten Teil entstand ein Spielplatz mit Kinderspielturm. Die Parzelle Merzligen Gbbl. Nr. N._____ liegt in der Wohnzone W2. Die Beschwerdeführenden reichten baupolizeiliche Anzeige ein.

Am 15. August 2016 reichte die Beschwerdegegnerschaft unter anderem für die Umgebungsgestaltung eine Projektänderung ein, welche die Gemeinde als nachträgliches Baugesuch entgegennahm und mit Teilbaubewilligung 2/2 vom 1. September 2017 bewilligte. Dagegen gelangten die Beschwerdeführenden und weitere Einsprecher mit Beschwerde an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE, heute Bau- und Verkehrsdirektion BVD). Mit Entscheid vom 23. Januar 2018 hiess die BVE die Beschwerden gut, hob den Bauentscheid der Gemeinde Merzligen vom 1. September 2017 auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Gemeinde zurück.¹ Sie erwog insbesondere, dass die Blocksteinmauer entlang der Südgrenze nicht durch die Baubewilligung vom 12. Januar 2015 gedeckt sei und dieses Stützbauwerk als Gesamtes beurteilt werden müsse. Bezüglich Höhe und Grenzabstand der Einfriedungen auf der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenze seien weitere sachverhaltliche Abklärungen vorzunehmen. Zudem sei die ausgeführte Umgebungsgestaltung auf ihre Vereinbarkeit mit den ästhetischen Bestimmungen zu beurteilen.

2. Die Gemeinde liess durch A._____, Kommission Expertisen und Bewertungen (KEB), ein Gutachten erstellen.² Am 31. August 2020 reichte die Beschwerdegegnerschaft bei der Gemeinde ein Baugesuch mit Projektänderungen ein. Für die Überschreitung der zulässigen Höhe des Stützbauwerks entlang der südlichen Parzellengrenze und des Kinderspielturms ersuchten sie um Ausnahmbewilligungen. Die Projektänderung umfasst namentlich die Reduktion der Höhe des Holzlattenzauns entlang der nördlichen Parzellengrenze, den Abbruch des Holzlattenzauns (samt überstehendem Teil) und die Erstellung eines rückversetzten Maschendrahtzauns sowie einer Hecke bei der östlichen Grundstücksgrenze. Zudem sind Anpassungen bei der östlichen Blocksteinmauer und dem Terrain in der nordöstlichen Ecke vorgesehen.

3. Mit Bauentscheid vom 25. Mai 2022 bewilligte die Gemeinde Merzligen das nachträgliche Baugesuch mit Projektänderung und erteilte die beantragten Ausnahmbewilligungen. Sie verfügte, die Baubewilligung umfasse alles, d.h. die «gesamte und mehrheitlich bestehende Umgebungsgestaltung inkl. vorhandene Natursteinstützmauer mit TerraMur auf der Südseite» und ausdrücklich auch folgende Elemente:

- «a. Sämtliche Terraingestaltungen/Terrainveränderungen (Aufschüttungen, Abgrabungen, Böschungen, Terrassierungen)
- b. Sämtliche Stützmauern
- c. Sämtliche Einfriedungen (Holzzaun, Natursteinmauer) an nördlicher Grundstücksgrenze
- d. Sämtliche Einfriedungen (Natursteinmauer, Maschendrahtzaun, Bepflanzung) an östlicher Grundstücksgrenze
- e. Sämtliche Einfriedungen (Naturstützmauer, TerraMur, Maschendrahtzaun, Bepflanzung) an südlicher Grundstücksgrenze
- f. Kinderspielturm (mit Schaukel)
- g. Rutschbahn
- h. Gedeckter Sitzplatz»

¹ RA 110/2017/125

² Gutachten vom 11. Dezember 2018 der KEB Kommission Expertisen und Bewertungen von A._____
(nachfolgend KEB-Gutachten), Vorakten 15. Mäpli

4. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 27. Juni 2022 Beschwerde bei der BVD ein. Sie beantragen die Aufhebung des Bauentscheids vom 25. Mai 2022 und Erteilung des Bauabschlags. Die Beschwerdegegner seien zu verpflichten, auf der Parzelle Merzligen Gbbl. Nr. N._____ innert angemessener Frist den rechtmässigen Zustand der Umgebung herzustellen, unter Androhung der Ersatzvornahme und einer Strafe im Unterlassungsfall.

5. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet³, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde Merzligen teilt mit Schreiben vom 15. Juli 2022 mit, sie verzichte auf eine erneute Stellungnahme. Die Beschwerdegegner beantragen mit Beschwerdeantwort vom 29. Juli 2022, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

6. Gestützt auf eine vorläufige Beurteilung erwog das Rechtsamt, folgende Massnahmen anzuordnen:

- a) «Bei der südlichen Stützmauer ist die Terramur zu entfernen und der Maschendrahtzaun auf der Mauerkrone der Stützmauer aus Blocksteinen zu erstellen. Dahinter ist eine natürliche, begrünte Böschung mit einer Neigung von maximal 45 ° auszubilden (vgl. Vorschlag und Skizze im KEB-Gutachten vom 11. Dezember 2018, S. 14, 15).
- b) Im Falle, dass die Baubewilligung für die nördliche und östliche Einfriedung samt Stützmauer bestätigt werden kann, erwägt das Rechtsamt, als Auflage eine Pflicht zur Umsetzung des Zustands gemäss den bewilligten Plänen anzuordnen.»

Die Beschwerdegegnerschaft macht in ihrer Stellungnahme vom 13. Oktober 2022 geltend, die südliche Stützmauer mit TerraMur bestehe gestützt auf die zivilrechtliche Vereinbarung mit den Nachbarn rechtmässig bzw. sei zu Recht mit einer Ausnahme nach Art. 26 BauG⁴ bewilligt worden. Sollte die BVD unerwartet zum Schluss kommen, dass die TerraMur mit Zaun zur Absturzsicherung nicht bewilligungsfähig sei, so wäre ein Rückbau höchstens im Rahmen der Skizze des KEB-Gutachtens anzuordnen. Bei der nördlichen und östlichen Einfriedung sei auf die Auflage betreffend Umsetzungspflicht zu verzichten. Die Bauherrschaft habe Anspruch auf eine bedingungslose Baubewilligung, wenn das Vorhaben den gesetzlichen Anforderungen genüge.

Mit Stellungnahme vom 3. November 2022 halten die Beschwerdeführenden daran fest, dass die gesamte Umgebungsgestaltung den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge. Die südliche Stützmauer sei nicht bewilligungsfähig. Die vom Rechtsamt in Aussicht genommene Massnahme gemäss Vorschlag des KEB-Gutachtens sei verhältnismässig und zumutbar. Entlang der nördlichen Parzellengrenze sei ursprünglich ein Maschendrahtzaun als Einfriedung vorgesehen gewesen, mit dem sie einverstanden gewesen seien. Der stattdessen erstellte zu hohe Holzbretterzaun sei zurückzubauen. Die in Aussicht gestellte Auflage zur Umsetzung der Einfriedungen gemäss den Plänen genüge nicht.

Die Gemeinde erklärt mit Stellungnahme vom 2. November 2022, der Rückbau der TerraMur wäre unverhältnismässig und würde unter Umständen zu unnötigen Umtrieben führen. Die Nachbarn hätten die TerraMur akzeptiert. Gegen die Umsetzungspflicht betreffend die nördlichen und östlichen Einfriedungen samt Stützmauer bestünden keine Einwände.

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

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Die Beschwerdeführenden haben sich mit baupolizeilicher Anzeige und Einsprache am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und sind unterlegen. Als Nachbarn sind sie in eigenen schützenswerten Interessen berührt und daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 40 Abs. 2 BauG und Art. 65 VRPG⁵). Die Beschwerdegegnerschaft bringt vor, die Beschwerdeführenden seien mangels Einsehbarkeit des Stützbauwerks an der südlichen Parzellengrenze nicht zu den entsprechenden Rügen legitimiert. Ist die Beschwerdelegitimation wie hier gegeben, sind die Beschwerdeführenden mit allen Rügen gegen das Vorhaben zugelassen, aus denen ihnen im Falle des Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht. Dieser kann darin liegen, dass das Bauvorhaben nicht oder nur nach Änderungen realisiert werden kann, die für die Beschwerdeführenden vorteilhaft sind.⁶ Das südliche Stützbauwerk ist vom öffentlichen Raum (O._____weg) aus einsehbar.⁷ Es ist wesentlicher und unabdingbarer Bestandteil der als Ganzes umstrittenen Umgebungsgestaltung. Das Stützbauwerk ermöglichte, die Geländekante gegen Osten zu verschieben und den flachen Gartenteil um das Haus mittels Aufschüttungen zu vergrössern.⁸ Dass die Beschwerdeführenden die südseitige Stützmauer nicht direkt einsehen können, ist irrelevant. Die Gemeinde ist in diesem Punkt zu Unrecht nicht auf die Einsprache der Beschwerdeführenden eingetreten.

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Nachträgliches Baubewilligungsverfahren

a) Die umstrittene Terraingestaltung wurde ab 2015 ausgeführt. Am 16. August 2016 reichte die Beschwerdegegnerschaft ein erstes nachträgliches Baugesuch im Sinne von Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG ein. Das Baugesuch vom 31. August 2020 enthält teilweise eine Projektänderung, die noch nicht ausgeführt wurde. In der Sache steht die Projektänderung in Zusammenhang mit dem Wiederherstellungsverfahren. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren nach Art. 46 BauG ist zu prüfen, ob und inwiefern ein ohne Baubewilligung ausgeführtes Bauvorhaben den massgebenden öffentlichen Bauvorschriften entspricht und (ganz oder teilweise) bewilligt werden kann.

b) Bei nachträglichen Baugesuchen ist das Recht massgebend, das im Zeitpunkt der Ausführung des Bauvorhabens anwendbar war. Späteres Recht ist nur anwendbar, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist oder wenn die Bauherrschaft das Bewilligungserfordernis missachtet hat, um dem späteren strengerem Recht zuvorzukommen, oder wenn erhebliche öffentliche Interessen für die Anwendbarkeit des neuen Rechts sprechen.⁹ Geringfügige Projektänderungen im Sinne von Art. 43 BewD¹⁰, die das Vorhaben in seinen Grundzügen

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁶ BGer 1C_378/2019 vom 17. Juni 2020 E. 1.2, in ZBI 2021 S. 697; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c N. 16

⁷ Vgl. KEB-Gutachten S. 9, Google Maps Streetview (Aufnahme von 2013 noch mit vorbestehender Böschung)

⁸ Vgl. KEB-Gutachten S. 8

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14a

¹⁰ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

unverändert lassen, sind nach dem gleichen Recht wie das ursprüngliche Baugesuch bzw. hier die unbefugte Bauausführung zu beurteilen.¹¹ Massgebend ist somit das vom Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am 24. Dezember 2009 genehmigte GBR der Gemeinde Merzligen, das auch heute noch in Kraft ist.¹²

3. Massgebendes Terrain / Höhe der nördlichen und östlichen Einfriedungen

a) Entlang der nördlichen Parzellengrenze besteht eine Holzlattenwand, die im hier umstrittenen Bereich rund 24,5 m lang ist. Die Holzlattenwand zieht sich über die Ecke auf die östliche Seite weiter, wo sie auf bzw. hinter einer Stützmauer aus Blocksteinen montiert wurde. Die Beschwerdeführenden rügen, die Einfriedungen entlang der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenze seien auch in der Projektänderung zu hoch. Massgebend sei das gewachsene Terrain. Demgegenüber bringt die Beschwerdegegnerschaft vor, abzustellen sei auf das fertige Terrain nach der beidseitig vorgenommenen Aufschüttung.

b) Das geltende GBR der Gemeinde Merzligen ist noch nicht an die BMBV¹³ angepasst. Für die Bestimmung des massgebenden Terrains kommt daher aArt. 97 BauV¹⁴ zur Anwendung (vgl. Anhang 1 GBR). Wo die Bauhöhe ab gewachsenem Boden zu messen ist, gilt als solcher grundsätzlich das Terrain, wie es vor Baubeginn besteht (vgl. aArt. 97 Abs. 1 BauV). «Vor Baubeginn» bedeutet, vor Beginn des aktuellen Bauvorhabens. Wurde das Terrain sichtbar durch Auffüllung verändert, ist das Niveau massgebend, wie es für das Baugrundstück aus dem Verlauf des umgebenden natürlichen Geländes abzulesen ist (vgl. Abs. 2 Bst. c). Auf das ursprüngliche Terrain ist nur abzustellen, wenn die seinerzeitige Baubewilligung für die Aufschüttung mit einem entsprechenden Vorbehalt verknüpft worden war (vgl. Abs. 2 Bst. a). Die Höhe von Einfriedungen, Stützmauern und dergleichen zwischen beidseitig aufgeschütteten Grundstücken wird vom tieferen fertigen Terrain aus gemessen (Abs. 2 Bst. b).

c) Aus den aktenkundigen Fotos und dem Schreiben der ausführenden Bauunternehmung (B. _____ AG) geht hervor, dass das Terrain an der nördlichen Parzellengrenze beidseits der Grenzen (Nr. N. _____ und Nrn. J. _____ sowie K. _____) aufgeschüttet wurde. Die vormalige kleine Böschung vor dem Gebäude Nr. 2a-2c der Beschwerdeführenden (Parzellen Nrn. J. _____ und K. _____) ist nach der Auffüllung nicht mehr erkennbar, das Gelände wurde angehoben.¹⁵ Dass auf ihren Parzellen eine kleine Aufschüttung erfolgte, ergibt sich auch aus der vorinstanzlichen Korrespondenz. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 erklärten in ihrer Stellungnahme vom 6. März 2018 an die Gemeinde, an der Nordgrenze sei mit der Beschwerdegegnerin die Erstellung eines Maschendrahtzauns vereinbart worden. Wegen des abfallenden Terrains hätten sie beschlossen, auf ihrer Seite ebenfalls eine schmale Erdanschüttung an die Steinblöcke vorzunehmen. Anstelle des Maschendrahtzauns habe die Beschwerdegegnerin jedoch die bis zu 1,5 m hohe Bretterwand erstellt, und zwar auf dem aufgeschütteten Terrain. Hätte die Beschwerdegegnerin eine Bretterwand in Aussicht gestellt, hätten sie die schmale Aufschüttung an der Grenze nie vorgenommen.¹⁶ Der Umstand, dass sich die Beschwerdeführenden durch die Beschwerdegegnerin getäuscht sehen und für eine Bretterwand keiner Aufschüttung zugestimmt hätten, spielt für die Frage des massgebenden

¹¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 32-32d N. 13

¹² Bau- und Nutzungsreglement der Gemeinde Merzligen, vom AGR genehmigt am 24. Dezember 2009

¹³ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

¹⁴ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1; GS 1985 S. 106 ff.)

¹⁵ Beilagen 2 und 3 zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerschaft vom 29. Juli 2022; Vergleich der Fotos in Beilagen 7 und 8 zur Beschwerde

¹⁶ Schreiben der Beschwerdeführenden an den Gemeinderat vom 6. März 2018, Vorakten 9. Mäpli

Terrains keine Rolle. Auch keine Rolle spielt, dass die Terrainaufschüttung auf den Parzellen Nrn. J. _____ und K. _____ nicht baubewilligt ist. Eine so geringe Aufschüttung (gemäss Angaben der Beschwerdeführenden¹⁷ ca. 30 cm auf einer Breite von ca. 1,1 m und einer Länge von höchstens 24 m) bedurfte keiner Baubewilligung (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Für die Frage des massgebenden Terrains ist nur relevant, dass beidseits der Parzellengrenze eine Terrainaufschüttung besteht, die Gründe dafür sind unerheblich. Die Messung ab tieferem aufgeschüttetem Terrain kommt auch zur Anwendung, wenn die Aufschüttung erst mit der Erstellung der Einfriedung bzw. Stützmauer vorgenommen wird.¹⁸ An der östlichen Parzellengrenze wurde – zumindest im unteren Teil – auch auf der Parzelle Nr. L. _____ der Beschwerdeführenden eine Aufschüttung vorgenommen.¹⁹ Das Terrain des oberen, hausnahen Gartenteils auf Parzelle Nr. L. _____ scheint gemäss den Fotos bereits früher leicht angehoben und ausgeebnet worden zu sein.²⁰ Die Höhe der Einfriedungen ist daher auch bei der östlichen Grundstücksgrenze ab dem tieferen fertigen Terrain zu messen.

d) Die Gemeinde hat im GBR von 2009 weder Bestimmungen über Stützmauern noch über Einfriedungen erlassen. Art. 70 Abs. 3 BauG erklärt im Fall einer Lücke das NBRD²¹ als anwendbar. Gemäss Art. 3 NBRD gelten Art. 79k und 79h EG ZGB²² über Stützmauern und Einfriedungen als öffentlich-rechtliche Vorschriften der Gemeinde. Gemäss Art. 79k Abs. 1 EG ZGB dürfen Einfriedungen wie Holzwände, Mauern und Zäune bis zu einer Höhe von 1,20 m vom gewachsenen Boden des höher gelegenen Grundstücks aus gemessen an die Grenze gestellt werden. Höhere Einfriedungen sind um das Mass der Mehrhöhe von der Grenze zurückzunehmen, jedoch höchstens auf 3 m (Abs. 2). Soweit auch Art. 79k Abs. 1 EG ZGB auf den «gewachsenen Boden» abstellt, ist die oben dargelegte Messweise gemäss aArt. 97 BauV anwendbar. Wegen den beidseitig vorgenommenen Terrainaufschüttungen ist somit das tiefere fertige Terrain massgebend (vgl. aArt. 97 Abs. 2 Bst. b BauV). Auf dem Grundstück Nr. N. _____ der Beschwerdegegnerschaft lastet zudem eine Baubeschränkung (Aussichtsservitut) zugunsten der Grundstücke Nrn. J. _____ und K. _____ der Beschwerdeführenden. Eine Dienstbarkeit ist privatrechtlicher Natur und im Baubewilligungsverfahren in der Regel nicht zu prüfen.²³ Soweit der Inhalt der Dienstbarkeit noch umstritten sein sollte, sind die Parteien auf das zivilrechtliche Verfahren verwiesen.

e) Nachfolgend sind die Einfriedungen gemäss der angefochtenen Projektänderung zu beurteilen. Es trifft zu, dass die Differenz der Höhenangaben auf dem Plan 2916-03 «Detailschnitte» 1:50 beim nördlichen Holzlattenzaun²⁴ nicht übereinstimmt mit der dargestellten Zaunhöhe. Im Bereich der Baubeschränkung beträgt die auf dem Plan dargestellte und messbare Zaunhöhe rund 1,25 m («Ansicht an Zaun 1:50»). Dies deckt sich soweit mit der Massangabe auf dem «Ausschnitt Umgebungsplan 1:50». Subtrahiert man hingegen die Höhenangaben («Baubeschränkungslinie» 530,03 m ü M abzüglich «bestehendes Terrain» 528,60 m ü M) resultiert eine Differenz von 1,43 m. Im Bereich des Detailschnitts D1 beträgt die berechnete Höhendifferenz zwischen Terrain und Baubeschränkungslinie 1,38 m und beim Detailschnitt D2 1,53 m. Die auf dem Plan gemessenen Zaunhöhen sind jedoch tiefer (ca. 1,12 m bzw. 1,25 m, vgl. «Detailschnitte» 1 und 2, je 1:20). Massgebend ist die Darstellung des Bauvorhabens auf dem Projektplan; darauf muss sich die Beschwerdegegnerschaft behaften lassen. Bauvorhaben ist

¹⁷ Vgl. Schreiben Fn 15

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 13 N. 6

¹⁹ Vgl. Fotos Beilagen 2 und 3 zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerschaft vom 29. Juli 2022; Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 3. November 2022

²⁰ Vgl. Beilage 7 zur Beschwerde; Fotos Nrn. 1, 5, 6, 7, 11 in der Beilage zur Einsprache vom 9. Oktober 2020, Vorakten 9. Mäpli

²¹ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13)

²² Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 2 N. 4a

²⁴ Die Begriffe Holzlattenwand und Holzlattenzaun werden in diesem Entscheid synonym verwendet.

somit ein auf 1,12 m bis 1,25 m gekürzter Zaun mit 3 cm breiten Zwischenräumen. Da der Zaun gemäss Plan um 18 cm von der Parzellengrenze zurückversetzt ist («Ausschnitt Umgebungsplan 1:50»), ist die zulässige Höhe eingehalten. Der gegen Osten überstehende Zaunteil auf der Terrainerhöhung soll abgebrochen werden.²⁵

f) Bei der östlichen Parzellengrenze ist der Abbruch des Holzlattenzauns vorgesehen. Der neu geplante Maschendrahtzaun oberhalb der Blocksteinstützmauer ist um rund 1,10 m von der Grenze zurückversetzt (vgl. Plan Nr. 2916-05 «Ansicht von Parz. L. _____»). Bei der nordöstlichen Parzellenecke wird wie erwähnt der überstehende Zaunteil (entlang der nördlichen Grenze) entfernt. Darunter soll die Blocksteinmauer in der Höhe reduziert und eine kleine Böschung erstellt werden (vgl. Plan Nr. 2916-05 «Ansicht von Parz. L. _____», Detailschnitt 5). An zwei weiteren Stellen wird die oberste Steinreihe der Blocksteinmauer um 30 cm zurückversetzt (vgl. Detailschnitte 3 und 4). Mit dem Abbruch des Holzlattenzauns und der Rückversetzung bzw. Entfernung von Blocksteinen ist die zulässige Höhe von 1,20 m auch bei der östlichen Einfriedung eingehalten. Das Vorhaben ist bewilligungsfähig. Hinzuweisen bleibt, dass die heute verbauten Blocksteine nur grob behauen und wesentlich unregelmässiger geformt sind, als die auf dem Plan dargestellten Steine.²⁶ Die Beschwerdegegnerschaft wird sich auf den Massen und Abständen gemäss Plan behaften lassen müssen.

4. Südliches Stützbauwerk

a) An der südlichen Grundstücksgrenze (angrenzend zu den Parzellen Nrn. M. _____ und P. _____) erstellte die Beschwerdegegnerschaft eine rund 35 m lange und bis zu 3 m hohe Stützmauer aus Blocksteinen. Auf einer Länge von rund 19 m ist auf der Blocksteinmauer eine TerraMur (erdbewehrtes Stützsystem) befestigt. Nach den Messungen des KEB-Gutachters beträgt die Gesamthöhe des Stützbauwerks (Blocksteinmauer und TerraMur) zwischen rund 3,50 m und 4,36 m.²⁷ Gegen Osten (Kiesfläche und Kinderspielplatz) reduziert sich die Höhe der Blocksteinmauer (keine Massangabe in den Plänen, vgl. Fotos in der Beschwerdebeilage). Auf der TerraMur und um die tiefer gelegene «Kiesfläche» ist ein Maschendrahtzaun als Absturzsicherung angebracht.

b) Art. 3 NBRD erklärt nur die nachbarrechtlichen Bestimmungen über Stützmauern und Einfriedungen (sowie Brandmauern) zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Gemeinde, nicht auch diejenigen über Böschungen. Die Bestimmung des EG ZGB betreffend Böschungen (Art. 79h Abs. 2 EG ZGB) gilt daher nicht als ergänzendes öffentliches Recht. Bei der TerraMur handelt es sich jedoch nicht um eine (natürliche) Böschung, sondern um ein bauliches Böschungssystem, das als tal- oder hangseitige Stützwand zur Böschungssicherung eingesetzt wird und begrünbar ist. Die SYTEC TerraMur 2 besteht aus einem Frontelement aus Stahl, einer Erdbewehrung und einer Mikrohumusierung mit Extensivbegrünung. Als bauliches System kann die TerraMur entsprechend sehr steil erstellt werden. Die Frontneigung variiert zwischen 60 °, 70 ° und 80 °.²⁸ Im vorliegenden Fall beträgt die Neigung gemäss Plan fast 80 °. Die TerraMur ist somit nicht mit einer natürlich gewachsenen, begrüneten Böschung vergleichbar. Sie ist Bestandteil des Stützbauwerks.

c) Eine 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

²⁵ Vgl. auch Fotos in den Beilagen zur Beschwerde

²⁶ Vgl. Fotos in der Beilage zur Beschwerde

²⁷ KEB-Gutachten S. 9

²⁸ KEB-Gutachten S. 10

(Art. 79h Abs. 3 EG ZGB i.V.m. Art. 3 NBRD). Das Stützbauwerk wurde an der Grenze zu den Grundstücken Nrn. M._____ und P._____ erstellt und überschreitet die zulässige Höhe von 1,20 m um ein Mehrfaches. Die Grundeigentümer der Parzelle Nr. M._____, an deren Grenze das Stützbauwerk die grösste Höhe aufweist, unterzeichneten den Projektplan und sind somit mit dem Vorhaben einverstanden.²⁹ Nachbarn sind befugt, über Grenzabstände abweichende Vereinbarungen zu treffen (vgl. Anhang 1 GBR). Die zulässige Höhe von Bauten und Anlagen wird hingegen durch das öffentliche Recht definiert. Im vorliegenden Fall gilt Art. 79h Abs. 3 EG ZGB gestützt auf Art. 3 NBRD als öffentliches Recht der Gemeinde. Darüber können Nachbarn keine abweichenden Vereinbarungen treffen. Die Beschwerdegegnerschaft reichte für die Höhe des Stützbauwerks ein Ausnahmegesuch ein. Sie begründet die besonderen Verhältnisse mit der Topografie (Hanglage, unebene Parzelle). Ausserdem weist sie darauf hin, dass das Terrain auf den Nachbarparzellen nicht mehr dem gewachsenen natürlichen Zustand entspreche und es in der Nachbarschaft etliche Stützmauern gebe. Die Niveaueinpassung mittels Aufschüttung und Stützmauer diene der sinnvollen Nutzung und könne als ortsüblich bezeichnet werden.³⁰

d) Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften können bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden (Art. 26 BauG). Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

e) Das Grundstück Nr. N._____ liegt am Hang; das Gelände fällt gegen Süden und Osten ab. Innerhalb der Parzelle besteht eine Höhendifferenz von rund 6 m.³¹ Auf dem Grundstück Nr. N._____ bestand bereits vor dem Neubau des Einfamilienhauses ein Gebäude. Gemäss den aktenkundigen Fotos dürfte es sich um ein Bauernhaus gehandelt haben.³² Aus den Fotos des Vorzustandes und den Geometeraufnahmen vom 15. Oktober 2013 ergibt sich, dass das Gelände östlich vor dem Bauernhaus relativ eben war.³³ Gegen Süden und Südosten gab es eine Geländekante mit anschliessend steil abfallendem Hang. Diese Böschung ist ansatzweise noch auf dem aktenkundigen Foto vom öffentlichen Raum (O._____weg) her erkennbar.³⁴ Den Aushub für den Neubau (der tiefer gesetzt wurde) verwendete die Beschwerdegegnerschaft für eine Aufschüttung im Aussenraum. Die bestehende Geländekante wurde damit um fast 3 m nach Osten verschoben, so dass der hausnahe Gartenbereich auf Erdgeschossniveau gehalten und vergrössert werden konnte. Es entstand ein Höhenunterschied zum gewachsenen Terrain von bis zu 3,30 m.³⁵

Das Stützbauwerk steht in direktem Zusammenhang mit der Terrainaufschüttung zur Schaffung einer grossen ebenen Gartenfläche beim Haus. Durch die Verschiebung der Geländekante gegen Osten verlängerte sich zudem der über 3 m hohe Bereich des Stützbauwerks. Wie der Vorzustand zeigt, wäre an der südlichen Parzellengrenze trotz der steilen Hangneigung kein bis zu 4,36 m hohes Stützbauwerk zur sinnvollen Nutzung des Grundstücks erforderlich gewesen. Selbst bei diesen topografischen Gegebenheiten besteht kein Anspruch darauf, den Garten bis praktisch an die Parzellengrenze anzuheben und auszuebnen,³⁶ zumal es sich um eine ausgesprochen grosse

²⁹ Plan Nr. 2916-04 «Detailschnitte A-C»

³⁰ Ausnahmegesuch vom 31. August 2020, Vorakten 14. Mäppli

³¹ KEB-Gutachten S. 7 f.

³² Vgl. Fotos in Beschwerdebeilage 7; Fotos in der Beilage zur Einsprache, Vorakten 9. Mäppli

³³ R._____AG, Geländeaufnahmen vom 15. Oktober 2013

³⁴ Google Maps Streetview, Aufnahme vom August 2013, RA-Dossier (Beilage zur Verfügung vom 20. September 2022)

³⁵ KEB-Gutachten S. 8; R._____AG, Geländeaufnahmen vom 1. Mai 2017;

³⁶ Vgl. Foto in KEB-Gutachten Abb. 2 S. 7

Parzelle handelt. Gemäss GRUDIS beträgt die Grundstücksfläche 1414 m². Der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte.³⁷ Gegenüber der Parzelle Nr. M._____ dürfte die vormals bestehende, sehr steile Böschung zwar nachteilig gewesen sein, weil das «Bord öfters rutschte».³⁸ Dennoch besteht keine objektive Notwendigkeit, eine Stützmauer mit einer Höhe von bis zu 4,36 m zu erstellen. Auch eine Kombination von Stützmauer und natürlicher Böschung wäre möglich gewesen. Es sind somit keine besonderen Verhältnisse gegeben, welche die ersuchte Ausnahme rechtfertigen würden.

f) Einer Ausnahmegewilligung steht zudem die Ästhetik als öffentliches Interessen entgegen (siehe dazu auch Erwägung 5). Der KEB-Gutachter hielt fest, die notwendige Terrassierung sei nur am östlichen Ende für den Spiel- und Sitzplatz vorgenommen worden. Die Höhenunterschiede zum gewachsenen Terrain würden durch Stützmauern aus Bruchsteinen aufgefangen. Die Stützmauern seien sehr grob ausformuliert und entsprächen nicht den Natursteinmauern in Rebbergen und nur bedingt anderen ortsüblichen Elementen. Da die Höhenunterschiede bedeutend höher als 1,0 m seien, seien verschiedene Absturzsicherungen und Geländer gebaut worden. Diese Gestaltung wirke unruhig. Die südliche Stützmauer aus Blocksteinen schliesse zur Q._____strasse hin an eine Betonmauer mit Lärmschutzwand an. Auf der Blocksteinmauer sei eine TerraMur als Fremdelement aufgesetzt. Die TerraMur ende am äussersten Ende des Rasen-Plateaus. Die TerraMur sei nicht ortsüblich und könne nicht als ästhetischer Mauerabschluss bezeichnet werden. Die hohe Mauer werde abgeschlossen durch einen Maschendrahtzaun, was sie noch höher erscheinen lasse. Es bestehe ein bunter Mix von Materialien ohne Formensprache, mit unausgearbeiteten Übergängen. Es wirke konzeptlos. Mit ihrer Höhe von bis zu 4,36 m sei die Mauer höher als ein einstöckiges Gebäude und äusserst raumrelevant. Die Bedürfnisse der Bauherrschaft nach mehr flachen Aussenräumen seien zwar erfüllt, dies jedoch auf Kosten der angrenzenden Nachbarparzellen. Die Stützmauer wirke erdrückend.³⁹

g) Die Beurteilung des KEB-Gutachtens überzeugt. Während das Stützbauwerk für die Beschwerdegegnerschaft selber praktisch nicht einsehbar ist, tritt es für die Nachbarn (Parzellen Nrn. M._____ und P._____) und im öffentlichen Raum als wuchtiges Bauwerk in Erscheinung (einsehbar vom O._____weg, bei der Zufahrt zu den Grundstücken Nrn. M._____ und P._____). Die Gemeinde erstellte eine Fotodokumentation über hinterfüllte Stein- und Betonmauern in ihrer Gemeinde, die als ortsüblich erachtet werden.⁴⁰ Mit diesen Stützmauern ist die vorliegende Blocksteinstützmauer jedoch nicht vergleichbar. Es gibt einige Beispiele, die aus ähnlich grossen, unregelmässig behauenen Blocksteinen gebildet wurden. Diese Stützmauern sind aber deutlich niedriger (vgl. Fotodokumentation S. 5, 8, 10, 13). Die etwas höheren Stützmauern aus Natursteinen wurden in der Höhe gestaffelt (vgl. S. 4 bis 7, 14). Auch das eigenwillige Bauwerk auf Parzelle Nr. S._____ weist Staffelungen auf (Fotodokumentation S. 1 bis 2). Dieses steht – angrenzend an das Haus – mitten im Garten und erweckt eher den Eindruck einer Skulptur als den einer Stützmauer. Bei einigen Stützmauern wurden die Stufen teilweise bepflanzt (S. 4 bis 7, 13, 14), eine Betonstützmauer wurde mit überhängenden Pflanzen begrünt (S. 12). In zahlreichen Beispielen wurden die Stützmauern mit kleineren oder regelmässiger behauenen Steinen erstellt als im vorliegenden Fall. Einige Stützmauern wurden in Beton ausgeführt (S. 9, 11, 12) und fügen sich aufgrund der fein strukturierten Oberfläche und der

³⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 26-27 N. 4

³⁸ Stellungnahme des Ehepaars T._____ vom 20. Dezember 2017, BVD-Akten RA 110/2017/125

³⁹ KEB-Gutachten S. 10-11, 13-14

⁴⁰ «Ortsübliche Umgebungsgestaltung in Merzligen – Fotodokumentation», Vorakten 17. Mäpli

Patinierung, die im Verlauf der Zeit entsteht, gut in die Umgebung ein. Stützmauern aus Natursteinen können in der Gemeinde Merzligen grundsätzlich als ortsüblich beurteilt werden. Auf die vorliegende, über 3 m hohe Stützmauer aus grob gearbeiteten Blocksteinen trifft dies mit Blick auf die genannten Beispiele jedoch nicht zu. Hinzu kommt die Kombination mit der aufgesetzten TerraMur, die nicht mit einer natürlich gewachsenen Böschung vergleichbar ist und als Fremdkörper erscheint. Das Stützbauwerk wirkt ästhetisch störend und beeinträchtigt damit das öffentliche Interesse. Eine Ausnahmegewilligung fällt ausser Betracht. Dem Bauvorhaben ist der Bauabschlag zu erteilen.

5. Ästhetik

a) Die Beschwerdeführenden rügen, die Umgebungsgestaltung verletze die kommunale Ästhetiknorm und Art. 14 BauG. Für die Bebauung und Nutzung des Grundstücks wären nicht so starke Geländemodellierungen mit groben Stützbauwerken nötig gewesen. Die Terrainveränderungen mit bis zu 3,3 m Höhenunterschieden und die groben Stützmauern seien nicht orts- und quartierüblich. Es entstehe keine gute Gesamtwirkung mit der Umgebung. Die Holzzäune hätten eine erdrückende Wirkung auf die Nachbarn, die Vielfalt der Einfriedungen sei unruhig und störend. Die Gemeinde sei ohne gute Gründe von der Fachmeinung des KEB-Gutachters abgewichen.

Die Beschwerdegegnerschaft macht geltend, das KEB-Gutachten stelle für die Gemeinde nur ein Hilfsmittel für die Sachverhaltsermittlung dar. Die Gemeinde sei nicht an diese Beurteilung gebunden gewesen. Zudem sei der Bericht teilweise überholt. So werde die über die nordöstliche Ecke reichende Holzwand abgebrochen, die Höhe der nördlichen Holzwand werde reduziert und auf der Ostseite werde ein Maschendrahtzaun anstelle des Holzzauns erstellt, und zwar in einem Abstand von 1,10 m zur Parzellengrenze. Sowohl Holzzäune als auch Steinmauern seien ortsübliche Einfriedungselemente.

b) Gemäss Art. 9 Abs. 3 BauG sind die Gemeinden befugt, eigene Ästhetikbestimmungen zu erlassen, die über das kantonale Beeinträchtigungsverbot hinausgehen. Art. 14 BauG verlangt, dass die Umgebung (Aussenräume) von Bauten und Anlagen so zu gestalten ist, dass sich eine gute Einordnung in die Landschaft und Siedlung ergibt und dass sie den Bedürfnissen der Benutzer entspricht. Letzteres ist nicht absolut oder isoliert zu verstehen. Die Aussenraumgestaltung ist Teil einer Siedlung, in die sie sich gut einordnen soll. Wo sich die Anliegen widersprechen, sind die beteiligten Interessen gegeneinander abzuwägen.⁴¹ Die Gemeinden können nähere Vorschriften über die Umgebungsgestaltung aufstellen und namentlich eine das herkömmliche Orts- und Landschaftsbild verändernde Landschafts- und Umgebungsgestaltung untersagen (Art. 14 Abs. 1 und 2 BauG). Die Gemeinde Merzligen hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und Ästhetikbestimmungen erlassen, denen eigenständige Bedeutung zukommt. Der allgemeine Gestaltungsgrundsatz von Art. 8.1 GBR verlangt, dass mit der Umgebung eine gute Gesamtwirkung entsteht. Für die Aussenraumgestaltung bestimmt Art. 8.6 GBR, dass sich die Gestaltung der privaten Aussenräume – insbesondere der öffentlich erlebbaren Einfriedungen, Vorgärten, Vorplätze und Hauszugänge – nach den ortsüblichen oder vorherrschenden Merkmale zu richten hat, welche das Strassen-, Quartier- oder Ortsbild prägen. Anhang 4 GBR enthält mit Verweis auf Art. 14 BauG weitere Empfehlungen. Die Gestaltung der Aussenräume hat sich dem Dorfbild anzupassen. Aufschüttungen sowie ortsfremde Mauern und Elemente sind zu vermeiden. Einer natürlichen Gartengestaltung ist besondere Beachtung zu schenken.

⁴¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 14 N. 2

c) Das KEB-Gutachten beurteilte die bestehende Umgebungsgestaltung negativ, was bereits oben in Zusammenhang mit dem südlichen Stützbauwerk dargelegt wurde. Es entstehe keine gute Gesamtwirkung. Der Gutachter kritisierte namentlich die grossen Niveauunterschiede (Aufschüttungen) zum gewachsenen Terrain, welche mit Stützmauern aus Bruchsteinen aufgefangen würden und die verschiedenartigen Absturzsicherungen (Maschendrahtzaun und / oder Metallhandlauf und Drahtseile). Die Stützmauern seien sehr grob ausformuliert und entsprächen nicht den Natursteinmauern in Rebbergen und nur bedingt anderen ortsüblichen Elementen. Es gebe einen Mix von Materialien ohne Konzept und klarer Formsprache. Die Gestaltung wirke unruhig. Die Vielfalt der verschiedenen Einfriedungen wirke innerhalb der Parzelle und von ausserhalb störend. Die Holzbretterwand auf der Steinmauer an der östlichen Grenze wirke für die Nachbarn erdrückend und schmälere die Erlebbarkeit und die Nutzbarkeit der angrenzenden Gartenräume. Gegenüber den Parzellen Nrn. J._____ und K._____ an der nördlichen Grenze verhindere die Holzwand den Lichteinfall und die Durchlüftung des Gemüsegartens. Der Teil der Holzwand, der über das Eck im Nordosten reiche, sei für die Nachbarn gestalterisch nicht haltbar.⁴²

d) Die Gemeinde war nicht an die Beurteilung des Gutachtens gebunden; auch für sie gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.⁴³ Hinzuweisen ist, dass das Gutachten ausschliesslich den bestehenden Zustand beurteilte, die Gemeinde im angefochtenen Entscheid jedoch über die Projektänderung entschied, welche einige Empfehlungen aus dem KEB-Gutachten umsetzt.

e) Die ästhetische Beurteilung des bestehenden Zustands im KEB-Gutachten erscheint nachvollziehbar; die Aussenraumgestaltung kann insgesamt nicht als geglückt bezeichnet werden. Art. 8.1 sowie 8.6 GBR betreffen jedoch vor allem den vom öffentlichen Raum her einsehbaren Teil des Aussenraums bzw. Gartens, was in Art. 8.6 mit der Formulierung «insbesondere der öffentlich erlebbaren Einfriedungen, Vorgärten ...» verdeutlicht wird. Schutzobjekt ist das Orts- und Landschaftsbild.⁴⁴ Mit Ausnahme des südlichen Stützbauwerks sind die grossen Terrainveränderungen und Stützmauern mit groben Blocksteinen im Garten vom öffentlichen Raum her praktisch nicht einsehbar. Ästhetisch fallen vor allem das massive Stützbauwerk und die langen Holzlattenwände bei den Grundstücksgrenzen aufgrund ihrer räumlichen Wirkung ins Gewicht. Die Beschwerdeführenden sind durch die (bestehende) über das Eck laufende und insgesamt rund 42 m lange Holzlattenwand entlang der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenzen (Parzellen Nrn. K._____, J._____ und L._____) betroffen. Entlang der östlichen Grenze steht die Holzlattenwand zudem über einer Stützmauer aus groben Blocksteinen.⁴⁵ Es handelt sich um bauliche Einfriedungen, welche die benachbarten Aussenräume scharf abgrenzen. Holzzäune und Holzwände sind in der Gartengestaltung zwar seit langem üblich. Eine derart lange Einfriedung mittels Holzlattenwand kann aber nicht mehr als ortsüblich bezeichnet werden. Sie steht einer natürlichen Gartengestaltung und einer guten Gesamtwirkung entgegen.

f) Die Beschwerdegegnerschaft setzte in der Projektänderung die Vorschläge des KEB-Gutachtens bei der östlichen Parzellengrenze um. Anstelle der Holzlattenwand sollen ein zurückversetzter Maschendrahtzaun und dahinter eine Hecke erstellt werden. Der Holzlattenzaun an der nördlichen Grenze soll mit einem Abstand von 18 cm zur Parzellengrenze gesetzt werden, im Bereich der Baubeschränkung soll der Zaun in der Höhe auf 1,25 m eingekürzt und mit kleinen Zwischenräumen zwischen den Holzlatten aufgelockert werden. Das gegen Osten überstehende Holzelement soll samt Terrainerhöhung entfernt werden. Mit der vorliegenden Projektänderung

⁴² KEB-Gutachten S. 10 ff.

⁴³ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 19 N. 36

⁴⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 9-10 N 14

⁴⁵ KEB-Gutachten S. 10 ff.; Fotos in der Beilage zur Beschwerde

erfährt das Bauvorhaben eine gestalterische Verbesserung. Die erdrückende und ästhetisch unbefriedigende Wirkung der umlaufenden Holzwand besteht nicht mehr. Angesichts des teilweise stark abfallenden Geländes ist davon auszugehen, dass bei jeder Gartenumgestaltung gewisse Geländemodellierungen mit Abstützungen vorgenommen würden. Niedrige Bruchsteinmauern sind ortsüblich. Im Übrigen ist der Gemeinde zuzustimmen, dass die Gartengestaltung bis zu einem gewissen Grad Geschmacksache ist. Kommt hinzu, dass Gärten stärkeren Veränderungen unterworfen sind als Gebäude. So verändert sich ein Garten im Verlauf der Zeit, sei es durch kleinere oder grössere Umgestaltungen oder eine geänderte Nutzung, durch Pflanzenwuchs oder durch die Patinierung der Oberflächen. Ein Garten ist in diesem Sinne nicht mit einem Gebäude vergleichbar, das dauerhaft besteht und eine grosse räumliche Wirkung hat. Die Parzelle Nr. N._____ liegt in einem durchschnittlichen Einfamilienhausquartier. Es befinden sich keine Schutzobjekte in der Nähe. An die Gartengestaltung dürfen daher keine allzu hohen ästhetischen Anforderungen gestellt werden. Mit der Projektänderung entsteht (mit Ausnahme des südlichen Stützbauwerks) eine ausreichend gute Gesamtwirkung, die den Anforderungen von Art. 8 GBR i.V.m. Art. 14 BauG genügt. Die Beurteilung der Gemeinde ist unter Berücksichtigung der Gemeindeautonomie vertretbar. Hingegen erweist sich die südliche Stützmauer mit TerraMur auch aus ästhetischen Gründen nicht als bewilligungsfähig (siehe Erwägung 4).

g) Die Gemeinde war gemäss Art. 22 BewD nicht verpflichtet, eine Beurteilung der kantonalen Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) einzuholen. Die Bauparzelle liegt nicht in einem Ortsbildschutzgebiet, sondern in einem durchschnittlichen Wohnquartier. Die umstrittene Umgebungsgestaltung tangiert weder Schutzobjekte, noch prägt die umstrittene Aussenraumgestaltung das Ortsbild. Auch im Beschwerdeverfahren bestand kein Anlass für den Beizug der OLK, zumal mit dem KEB-Gutachten von A._____ eine fachliche Beurteilung vorliegt. Die Streitsache ist in den Akten ausreichend dokumentiert, ein Augenschein war nicht erforderlich. Die entsprechenden Beweisanträge werden abgewiesen.⁴⁶

6. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt und kann es auch nachträglich nicht bewilligt werden, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.⁴⁷

b) Das Stützbauwerk an der südlichen Parzellengrenze ist formell und materiell rechtswidrig. Im KEB-Gutachten wurde ein Rückbau der gesamten Stützmauer als unverhältnismässig beurteilt. Für eine bessere Einordnung der Steinmauer in die Umgebung empfahl der KEB-Gutachter, den Maschendrahtzaun auf die Mauerkrone zu setzen. Die TerraMur sei zu entfernen und dahinter eine Böschung im 45 ° Winkel anzulegen, welche mit niedrigen Gehölzen bepflanzt werden könne. Mit dieser Massnahme werde die Mauer um ca. 1 m in der Höhe reduziert. Sie wirke damit optisch weniger hoch und der Maschendrahtzaun sei nicht wie eine Krone aufgesetzt. Der Bereich ausserhalb der Absturzsicherung müsse nicht mehr gepflegt werden und alle Unterhaltsarbeiten

⁴⁶ BVR 2017 S. 255 E. 5.1, 2012 S. 252 E. 3.3.3, je mit Hinweisen

⁴⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

seien innerhalb des Zauns sicher ausführbar.⁴⁸ Dies überzeugt. Die Entfernung des gesamten Stützbauwerks respektive der Rückbau auf 1,20 m wären zwar geeignete Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, sie stünden jedoch in keinem angemessenen Verhältnis zum Zweck, zumal die Stützmauer keine prominente Stellung im Ortsbild hat. Mit dem Rückbau der TerraMur wird der störende Fremdkörper entfernt und die Höhe des Stützbauwerks reduziert. Wenn der Maschendrahtzaun auf der Mauerkrone vor der Böschung montiert wird, tritt er nicht mehr als krönender Abschluss in Erscheinung. Die genannten Massnahmen reduzieren nicht nur die Höhe, sondern verbessern auch die ästhetische Wirkung der Stützmauer. Hinzu kommt, dass die TerraMur, so wie sie heute besteht, vom Grundstück der Beschwerdegegner aus schwierig zu pflegen ist. Wird hinter dem Maschendrahtzaun eine natürliche Böschung erstellt, trägt dies zur Sicherheit bei der Pflege des Umschwungs bei. Ob die Böschung mit niedrigen Gehölzen bepflanzt oder anderswie begrünt wird, spielt keine Rolle. Entscheidend ist, dass es sich um eine natürliche, begrünte Böschung handelt. Diese Massnahmen sind geeignet und erforderlich, um den rechtmässigen Zustand (zumindest teilweise) wiederherzustellen. Sie sind problemlos umsetzbar und zumutbar. Mildere Massnahmen sind nicht ersichtlich.

c) Die bauliche Umfriedung mit der insgesamt rund 42 m langen Holzplattenwand entlang der nördlichen und östlichen Grundstücksgrenze mit dem überstehenden Element wäre aus ästhetischen Gründen nicht bewilligungsfähig. Zudem ist die zulässige Höhe überschritten, und dies sowohl im Bereich der Baubeschränkung als auch in besonderem Ausmass auf der Ostseite, wo die Holzplattenwand oberhalb der Stützmauer steht.⁴⁹ Dort beträgt die Höhe ab tiefer liegendem fertigem Terrain rund 2,5 m und dies bei einem Grenzabstand von nur rund 84 cm (gemäss Plan «Ansicht von Parz. L. _____»). Aktuell besteht somit ein unrechtmässiger Zustand, der in der Projektänderung behoben wird. Das Bauvorhaben muss daher entsprechend den Plänen ausgeführt werden, damit der rechtmässige Zustand (wieder)hergestellt wird. Anders als bei einem ursprünglichen Baugesuch, bei dem die Bauherrschaft frei ist, ob sie es zur Ausführung bringen will oder nicht, steht die Umsetzung einer Projektänderung im Wiederherstellungsverfahren nicht im Belieben der Bauherrschaft. Als Wiederherstellungsmassnahme ist die Baubewilligung daher mit der Verpflichtung zu verbinden, das Bauvorhaben entlang der östlichen und nördlichen Grenze gemäss den bewilligten Plänen umzusetzen.

d) Die Behörde setzt der Grundeigentümerschaft eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 2 Bst. e und Art. 47 BauG) und der Bestrafung im Widerhandlungsfall (Art. 50 BauG). Für die Umsetzung der Wiederherstellungsmassnahmen ist eine Frist von sechs Monaten ab Rechtskraft dieses Entscheids angemessen. Im Widerhandlungsfall hat die Baupolizeibehörde der Gemeinde die Ersatzvornahme nach Art. 47 BauG anzuordnen.

7. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 2200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁵⁰). Sie werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerschaft insoweit, als für das südliche Stützbauwerk der Bauabschlag erteilt und dort Wiederherstellungsmassnahmen angeordnet werden. Sie wird zudem verpflichtet, das

⁴⁸ KEB-Gutachten S. 14, 15, Abbildung 18

⁴⁹ Vgl. KEB-Gutachten S. 11 ff.; vgl. Eintragungen auf dem Umgebungsplan

⁵⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Vorhaben entlang der nördlichen und östlichen Parzellengrenze gemäss den bewilligten Plänen umzusetzen. Die Beschwerdeführenden unterliegen insoweit, als die Baubewilligung für die übrigen Teile bestätigt wird. Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdeführenden und der Beschwerdegegnerschaft die Verfahrenskosten je hälftig aufzuerlegen.

b) 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 erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Aufgrund des je hälftigen Unterliegens rechtfertigt sich im vorliegenden Fall die Wettschlagung der Parteikosten.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Dem Stützbauwerk aus Blocksteinen und TerraMur entlang der südlichen Grundstücksgrenze wird der Bauabschlag erteilt. Im Übrigen wird die Baubewilligung der Gemeinde Merzligen vom 25. Mai 2022 bestätigt und die Beschwerde abgewiesen.
2. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes haben der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdegegnerin 2 innert sechs Monaten nach Rechtskraft dieses Entscheides folgende Massnahmen auszuführen:
 - a) Beim Stützbauwerk entlang der südlichen Grundstücksgrenze der Parzelle Nr. N._____ ist die TerraMur zu entfernen. Der Maschendrahtzaun ist auf der Stützmauer anzubringen. Dahinter ist eine natürliche, begrünte Böschung mit einer Neigung von maximal 45 ° zu erstellen (Rückbau gemäss Gutachten der KEB Kommission Expertisen und Bewertungen von A._____ vom 11. Dezember 2018, Abb. 18 S. 15).
 - b) Entlang der östlichen und nördlichen Grundstücksgrenze ist das Bauvorhaben gemäss den am 22. März 2022 bewilligten Projektplänen umzusetzen. Massgebend sind folgende Pläne:
 - Plan Nr. 2916-03 «Detailschnitte» rev. 10.08.2020
 - Plan Nr. 2916-05 «Ansicht von Parz. L. _____» rev. 10.08.2020
 - Plan Nr. 2916-01 «Umgebung» rev. 10.08.2020 (ohne Stützmauer an der südlichen Grundstücksgrenze)
3. Widerhandlungen gegen diese Verfügung sind strafbar nach Art. 50 BauG.
4. Werden die in Ziffer 2 angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen innert der angesetzten Frist nicht oder nicht vorschriftsgemäss ausgeführt, lässt die Gemeinde die Massnahmen auf Kosten der Pflichtigen durch Dritte vornehmen (Art. 47 BauG).
5. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten von CHF 1100.– zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für diesen Betrag. Dem Beschwerdegegner 1 und der Beschwerdegegnerin 2 werden Verfahrenskosten von CHF 1100.– zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für diesen Betrag. Separate Zahlungseinladungen folgen, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
6. Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt I._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Merzligen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

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.