



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2022/162

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 21. März 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

und

Herrn **E.**_____
Beschwerdegegner

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Münsingen, Gemeindeverwaltung, Thunstrasse 1,
3110 Münsingen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Münsingen vom
6. September 2022 (Sichtschutzwände)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdegegner und seine Ehefrau sind Eigentümer des Reiheneinfamilienhauses am G.____weg 21c (Münsingen Gbbl. Nr. H.____), das in der Überbauungsordnung (ÜO) A.____¹, im Bereich ZPP C liegt. Mit E-Mail vom 1. Juni 2020 zeigte der Beschwerdeführer 1 bei der Gemeinde nebst anderem an, dass bei der Liegenschaft G.____weg 21c zum Fussweg hin eine schwarze Trennwand aus Kunststoff erstellt worden sei, die nicht den gestalterischen Anforderungen der ÜO entspreche.² Die Gemeinde teilte ihm am 10. Juni 2020 mit, dass sie die Baubewilligungspflicht der Sichtschutzwände abklären werde.³ Am 4. August 2020 nahm der Fachausschuss A.____ eine ästhetische Beurteilung der

¹ Überbauungsordnung A.____ ZPP C, D, E (ÜO), mit Überbauungsplan und Überbauungsvorschriften (ÜV), durch die Baudirektion des Kantons Bern genehmigt am 14. September 1993, mit Änderungen, durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) genehmigt u.a. am 5. Mai 1995, 21. September 1995, 12. Januar 1998, 3. November 1999, 23. Juli 2001, 18. Februar 2009

² Vorakten pag. 14

³ Vorakten pag. 17

Sichtschutzwände der Liegenschaft G. _____ weg 21c (und von weiteren bereits ausgeführten Bauvorhaben in der Siedlung) vor.⁴

2. Mit Schreiben vom 28. Juli 2021 teilte die Gemeinde dem Beschwerdegegner und seiner Frau mit, anlässlich der Begehung des Fachausschusses A. _____ vom 4. August 2020 sei festgestellt worden, dass die Sichtschutzwand aufgrund ihrer Länge von 4,95 m baubewilligungspflichtig sei und dass dafür keine Baubewilligung vorliege. Sie beabsichtige, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anzuordnen. Die Gemeinde gab dem Beschwerdegegner und seiner Ehefrau dazu das rechtliche Gehör und empfahl eine gemeinsame Besprechung vor Ort. An der Besprechung schlug die Gemeinde dem Beschwerdegegner und seiner Frau vor, das mittlere Sichtschutzelement zu entfernen und dort eine Bepflanzung vorzunehmen, die auch die Aussenseite der Sichtschutzwand bedecken würde. Der Gemeinde müsse ein entsprechendes Gesuch samt Zustimmung der Nachbarn eingereicht werden.⁵

3. Mit E-Mail vom 26. Oktober 2021 informierte der Beschwerdegegner die Gemeinde, dass sie das mittlere Element der Sichtschutzwand – wie besprochen – entfernt hätten. Dazu reichte er eine Fotomontage ein, wonach die Lücke zwischen den beiden verbliebenen Sichtschutzelementen mit Sträuchern (Thuja) bepflanzt würde.⁶ Die Gemeinde schlug andere Pflanzen vor und forderte ihn auf, die Eingabe zu präzisieren und samt Zustimmungserklärungen der Nachbarn einzureichen.⁷ Am 3. August 2022 reichte der Beschwerdegegner die Fotomontage «Anpassung Zaun, 26.10.21/29.11.21» und das Formular Zustimmungserklärung nach Art. 27 Abs. 3 BewD mit Unterschriften von Nachbarn bei der Gemeinde ein. Das Bauvorhaben beschrieb er wie folgt: «Im Garten wird beim Zaun das Mittelelement entfernt und (...) mit Thuja-Bäumen ersetzt. Ebenfalls werden über die Seitenelemente gemeine Liguster hängen gelassen. [...] (Noch nicht definitive Pflanzenwahl).» Die Beschwerdeführenden 1 und 2 hatten auf dem Formular der Zustimmungserklärung festgehalten, dass sie mit dem Bauvorhaben nicht einverstanden seien. Sie begründeten dies auf einem Beiblatt und forderten die Entfernung der beiden Sichtschutzwände.⁸

4. Mit Verfügung vom 6. September 2022, die als «Zustimmung zur Umgebungsgestaltung» bezeichnet ist, verfügte die Gemeinde Münsingen Folgendes:

«1. Baubewilligungspflicht

Das Erstellen von zwei kurzen Sichtschutzwänden gemäss Projektplänen/Fotomontagen vom 26.10.2021/29.11.2021 ist baubewilligungsfrei.

2. Genehmigung

Die Umgebungsgestaltung gemäss Projektplänen/Fotomontagen vom 26.10.2021/29.11.2021 wird genehmigt.

3. Auflagen

Sofern der Mittelteil zwischen den beiden kurzen Sichtschutzwänden noch nicht entfernt wurde, hat dies bis am 30.11.2022 zu erfolgen.

Die Begrünung zwischen den kurzen Sichtschutzwänden und auf der Seite zum öffentlichen Raum hin hat bis am 30.11.2022 mit einheimischen Pflanzen zu erfolgen. Beispielsweise mit:

Sträuchern in der Mitte

- Taxus bacchata (Eibe)

⁴ Vorakten pag. 19

⁵ E-Mail der Gemeinde vom 1. November 2021 an den Beschwerdeführer 1, Vorakten pag. 32

⁶ Vorakten pag. 33

⁷ Vorakten pag. 34 und 37

⁸ Vorakten pag. 44 und 45; E-Mail des Beschwerdeführers vom 6. August 2022 Vorakten pag. 39

- Ligustrum vulgare (gemeiner Liguster)
- Lonicera xylosteum (Rote Heckenkirsche)

Rankpflanzen

- Clematis vitalba (Gemeine Waldrebe)
- Hedera helix (Efeu)
- Nutzpflanze wie z.B. Rebe oder Mini-Kiwis (Scharfzähnlige Strahlengriffel, Actinidia arguta).»

5. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 3. Oktober 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sinngemäss beantragen sie die Aufhebung der Verfügung vom 6. September 2022. Sie verlangen «einen mit der Überbauungsordnung und Siedlungsgestaltung konformen, naturnah gestalteten Abschluss der Parzelle G._____weg 21c zum Weg zwischen G._____weg 21 und 23».

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 3. November 2022 die Abweisung der Beschwerde. Zusammen mit den Vorakten reichte sie eine Foto der bestehenden Gestaltung mit Sichtschutzwänden ein, auf der sie die Höhe und Breite der Sichtschutzelemente vermassst hatte. Der Beschwerdegegner liess sich nicht vernehmen.

7. Das Rechtsamt teilte den Verfahrensbeteiligten mit, gestützt auf eine vorläufige Beurteilung seien die Sichtschutzelemente als Einfriedung zu qualifizieren und aufgrund ihrer Höhe von über 1,20 m baubewilligungspflichtig. Weiter sei davon auszugehen, dass die Höhe von Einfriedungen gegenüber einem halböffentlichen Fussweg in den Überbauungsvorschriften der ÜO A._____ nicht geregelt sei und daher subsidiär das Baureglement der Gemeinde zur Anwendung komme. Die Beteiligten erhielten Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Davon machte die Gemeinde mit Eingabe vom 6. Januar 2023 Gebrauch. Sie hielt fest, dass sie die Auffassung des Rechtsamtes nicht teile und die Abweisung der Beschwerde beantrage. Die übrigen Beteiligten liessen sich nicht vernehmen.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Die angefochtene Verfügung ist als «Zustimmung zur Umgebungsgestaltung» bezeichnet. Der Beschwerdegegner hat kein formelles nachträgliches Baugesuch im Sinne von Art. 10 ff. BewD¹⁰ eingereicht. Das auf der Zustimmungserklärung genannte und mit Fotomontage dokumentierte Bauvorhaben stellt in der Sache einen Vorschlag zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes dar. Die Gemeinde ordnete zu diesem Zweck an, dass der Mittelteil entfernt werden müsse, sofern er noch bestehe und dass der Zwischenraum sowie die Sichtschutzwände aussen mit einheimischen Pflanzen begrünt werden müssten. Angefochten ist demnach eine baupolizeiliche Verfügung mit Wiederherstellungsmassnahmen.

⁹ 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)

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

b) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG¹¹ können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Der Beschwerdeführer 1 ist als Anzeiger und direkter Nachbar zur Beschwerde befugt. Die Beschwerdeführerin 2 verweigerte im vorinstanzlichen Verfahren die Zustimmung zum geänderten Bauvorhaben und verlangte die Entfernung der Sichtschutzwände. Sie ist als Nachbarin ebenfalls in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen und zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 65 VRPG¹²). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Baubewilligungspflicht

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die knapp 2 m hohen Sichtschutzwände seien baubewilligungspflichtig. Sie widersprächen den geltenden Gestaltungsvorschriften der ÜO, welche den übrigen Bauvorschriften vorgingen. Auch dies stütze die Baubewilligungspflicht. Verletzt sei insbesondere Art. 14 ÜV, der eine möglichst attraktive Gestaltung der halböffentlichen Fusswege und Plätze verlange. Diesem Grundsatz werde in der Siedlung seit über 20 Jahren nachgelebt. Luftige grüne Hecken oder Sträucher prägten das Siedlungsbild und die Abgrenzungen zum öffentlichen Weg. Die grauen Plastikwände beim G._____weg 21c entsprächen den gestalterischen Anforderungen der ÜO nicht. Daran ändere die Entfernung des Mittelelementes nichts. Es entstehe das Gefühl einer dunklen bedrohlichen Gasse.

b) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Nicht genannte, aber zu prüfende Voraussetzung einer Wiederherstellungsverfügung ist, ob das ausgeführte Bauvorhaben baubewilligungspflichtig ist. Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG). Keiner Baubewilligung bedürfen geringfügige Bauvorhaben wie der Unterhalt und das Ändern (einschliesslich Umnutzen) von Bauten und Anlagen, wenn keine bau- und umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind (Art. 1b Abs. 1 BauG und Art. 6 Abs. 1 BewD). Art. 6 Abs. 1 BewD enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Vorhaben, die (unter Vorbehalt von Art. 7 BewD) aufgrund ihrer Geringfügigkeit baubewilligungsfrei sind. Dazu gehören kurze Sichtschutzwände bis zu 2 m Höhe (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD). In der BSIG-Information «Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Artikel 1b BauG»¹³ wird näher ausgeführt, was unter einer solchen kurzen Sichtschutzwand zu verstehen ist. Als baubewilligungsfrei gelten grundsätzlich Sichtschutzwände, die eine Höhe von 2 m und eine Länge von 4 m nicht übersteigen. Werden die Wände gestaffelt erstellt, sind sie zusammenzurechnen. Vorbehalten bleiben die Vorschriften des Strassen- und Nachbarrechts sowie des Ortsbildschutzes.¹⁴ Baubewilligungsfrei sind zudem bis zu 1,20 m hohe Einfriedungen (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD).

¹¹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹³ Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Artikel 1b BauG, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (heute Direktion für Inneres und Justiz), BSIG-Information Nr. 7/725.1/1.1 vom 25. April 2019, abrufbar unter <www.bsig.jgk.be.ch>

¹⁴ BSIG-Information, a.a.O., Ziff. 2 Bst. b S. 6

c) Die Parzelle Nr. H. _____ ist ca. 5,30 m breit. Die umstrittene Sichtschutzwand bestand ursprünglich aus drei Elementen und hatte eine durchgehende Länge von 4,95 m.¹⁵ Die Höhe eines Elements beträgt 1,84 m (gemessen ohne Zierkugeln bei den seitlichen Pfosten), ab Boden gemessen beträgt die Höhe 1,945 m.¹⁶ Eine Sichtschutzwand mit diesen Massen ist unbestritten baubewilligungspflichtig. Inzwischen wurde das mittlere, kürzere Element entfernt und an dessen Stelle ein grosser Pflanzentopf mit strauchartiger Pflanze platziert.¹⁷ Der Abstand zwischen den beiden verbleibenden Sichtschutzelementen ist nicht vermassst, lässt sich aber schätzen. Das Zwischenelement war etwa halb so breit wie die seitlichen Elemente, die je 1,97 m lang sind.¹⁸ Der Abstand dürfte daher rund 1 m breit sein.

d) Es fragt sich, ob die beiden verbleibenden Sichtschutzelemente als je baubewilligungsfreie Sichtschutzwände zu beurteilen sind, wovon die Gemeinde ausgeht, oder ob es sich als Gesamtes um eine Einfriedung handelt. Einfriedungen sind nur bis zu einer Höhe von 1,20 m baubewilligungsfrei (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD).

Die Gemeinde macht geltend, die Sichtschutzwand diene vorliegend als Abtrennung zum halböffentlichen Raum und bezwecke den Schutz der Privatsphäre. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD regle die maximale Höhe, die BSIG-Information die Länge einer kurzen, baubewilligungsfreien Sichtschutzwand. Die BSIG-Information und Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD enthielten jedoch keine Aussagen zum Standort von kurzen Sichtschutzwänden, weder entlang von öffentlichen oder halböffentlichen Fusswegen noch von Parzellengrenzen. Es gebe keine Regelung, wie breit eine Parzelle im Verhältnis zu der maximalen Breite der Sichtschutzwand von 4,0 m sein müsse, damit von einer kurzen Sichtschutzwand gesprochen werden könne. Da bei den vorliegenden zwei kurzen Sichtschutzwänden die Voraussetzungen einer baubewilligungsfreien Sichtschutzwand von Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD erfüllt seien, komme die Regelung von 6 Abs. 1 Bst. i BewD über Einfriedungen nicht zur Anwendung.

e) Eine Sichtschutzwand kann im Garten an unterschiedlichen Stellen angeordnet werden. Gegenüber benachbarten Grundstücken oder dem öffentlichen Raum kann sie als Abgrenzung und zum Schutz der Privatsphäre eingesetzt werden. Eine Sichtschutzwand kann aber auch innerhalb des Gartens als raumteilendes Element verwendet werden, sei es, um einen bestimmten Teil des Gartens abzudecken (wie beispielsweise eine Kompostanlage), sei es als gestalterisches Element, um Nischen oder unterschiedliche «Gartenräume» zu schaffen. Eine Sichtschutzwand kann somit verschiedene Funktionen erfüllen.

Was unter einer Einfriedung zu verstehen ist, ist nicht genau definiert. Eine Einfriedung (Umfriedung) dient dazu, das Grundstück gegen aussen abzugrenzen. Eine Einfriedung kann so ausgestaltet werden, dass sie gleichzeitig die Einsehbarkeit verhindert oder erschwert. Hinsichtlich der möglichen Beschaffenheit von Einfriedungen nennt Art. 79k EG ZGB¹⁹ Holzwände, Mauern, Zäune, aber auch Hecken. Eine Einfriedung muss nicht zwingend mit dem Boden fest verbunden sein, sie kann auch aus mobilen Elementen bestehen.²⁰

f) Die Parzelle Nr. H. _____ ist rund 5,30 m breit (gemessen auf dem Situationsplan 1:500 im Geoportal). Die Sichtschutzwand bedeckte mit ihrer ursprünglich durchgehenden Länge von

¹⁵ Protokoll der Sitzung des Fachausschusses A. _____ vom 4. August 2020 S. 8, Vorakten pag. 19; Schreiben der Gemeinde (rechtliches Gehör) vom 28. Juli 2021, Vorakten pag. 29

¹⁶ Vgl. Messung der Gemeinde vom 2. November 2022, Vorakten pag. 42

¹⁷ Vgl. Foto der Gemeinde vom 2. November 2022, Vorakten pag. 42

¹⁸ Vgl. Foto im Anhang zum E-Mail des Beschwerdeführers vom 1. Juni 2020, Vorakten pag. 14

¹⁹ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

²⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 1b N. 8 Bst. i, b und r

4,95 m praktisch die gesamte Parzellenbreite. Sie diene als Abgrenzung des Gartens gegenüber dem Fussweg und verhinderte die Zugänglichkeit und Einsehbarkeit des Gartens für Dritte. Es handelte sich um eine Einfriedung. Inzwischen wurde das mittlere Element entfernt und an dieser Stelle ein grosser Pflanzentopf gesetzt. Dies vermag an der Qualifikation als Einfriedung nichts zu ändern. Die beiden seitlichen Elemente und der Pflanzentopf dazwischen dienen nach wie vor dazu, den Garten gegen den «halböffentlichen» Fussweg abzugrenzen. Auch wenn die geänderte Gestaltung den Zutritt für Dritte weniger gut verhindert, markieren die beiden Sichtschutzelemente und der schwere Pflanzentopf (bzw. das geplante Gehölz) doch unmissverständlich die Gartengrenze und signalisieren, wo fremdes Privateigentum beginnt. An der Funktion einer Einfriedung hat sich nichts geändert, ausser dass sie nun aus verschiedenen Elementen besteht. Da die Sichtschutzelemente höher als 1,20 m sind, ist die Einfriedung baubewilligungspflichtig.

g) Die Baubewilligungspflicht ist vorliegend noch aus einem weiteren Grund gegeben. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit deren Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.²¹

Die ZPP C, D und E A. _____ bezweckt unter anderem die Schaffung einer verdichteten Gewerbe- und Wohnüberbauung, die optimale Eingliederung der Überbauung in die Landschaft und das Siedlungsgebiet und die Schaffung attraktiver Aussenräume (vgl. Art. 19 GBR²²). Für die ÜO A. _____ wurden 1993 Richtlinien erlassen, welche die Überbauungsidee und die einzelnen Elemente der Aussenraumgestaltung veranschaulichen und namentlich die erwünschte Begrünung und Ausgestaltung der öffentlichen Räume (Strassen, Plätze) illustrieren.²³ In den ÜV wurden Gestaltungsnormen erlassen, die den Vorschriften des kommunalen Baureglements vorgehen. Art. 6 ÜV verlangt eine gute Gesamtwirkung von allen Bauten und Anlagen inklusive bei der Gestaltung der Aussenräume (Vorgärten und Gärten) sowie anderer wichtiger Einzelheiten mit ihrer Umgebung. Bauten, welche diese Anforderungen nicht erfüllen, sind unzulässig, auch wenn sie den übrigen Bauvorschriften entsprechen (vgl. Art. 6 Abs. 1 ÜV). Alle Baugesuche werden vor ihrer Behandlung durch einen vom Gemeinderat gewählten Fachausschuss A. _____ beurteilt (vgl. Art. 6 Abs. 2 ÜV). Art. 18 Abs. 1 ÜV erster Satz verlangt, dass Vorgärten und Gärten gegenüber Strassen, Fussgängerbereichen und Fusswegen, Zufahrten und Parkplätzen durch geeignete Massnahmen wie Terrainabsätze, Einfriedungen und dergleichen abzutrennen sind. Gemäss Art. 14 ÜV müssen die halböffentlichen Fusswege und Plätze möglichst attraktiv für alle Benützer gestaltet sein. In der ÜO gelten somit detaillierte Gestaltungsvorschriften, die eine höhere Geltung als die allgemeinen Gestaltungsvorschriften des GBR beanspruchen. Zudem müssen alle Baugesuche vorgängig dem Fachausschuss vorgelegt werden (Art. 6 Abs. 2 ÜV). In der ÜO A. _____ besteht ein öffentliches Interesse an einer vorgängigen Beurteilung von Bauvorhaben wie dem vorliegenden. Die Baubewilligungspflicht der baulichen Abgrenzung gegen den Fussweg ist auch aus diesen Gründen gegeben.

h) Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Einfriedung mit zwei rund 1,945 m hohen Sichtschutzelementen und Pflanzentopf (bzw. Gehölz) in der Mitte baubewilligungspflichtig ist.

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 10

²² Baureglement 2010 der Gemeinde Münsingen, vom AGR genehmigt am 1. Juli 2011, mit Änderungen

²³ Richtlinien der ÜO A. _____ ZPP C, D, E, von der Baudirektion genehmigt am 14. September 1993, Vorbemerkung und Richttext Aussenraum S. 1

3. Rückweisung zur Fortsetzung des Wiederherstellungsverfahrens

a) Da die Einfriedung ohne Baubewilligung erstellt wurde, besteht ein unrechtmässiger Zustand. Das Wiederherstellungsverfahren, das mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs in Gang gesetzt wurde, ist nach den Vorgaben von Art. 46 Abs. 2 BauG fortzusetzen.

b) Unbewilligt erstellte Bauvorhaben sind grundsätzlich nach dem Recht zu beurteilen, das im Zeitpunkt der Bauausführung anwendbar war. Neue Vorschriften, die damals bereits öffentlich aufgelegt haben, sind zu berücksichtigen. Eine neue baurechtliche Ordnung hat ab dem Zeitpunkt der öffentlichen Auflage eine Vorwirkung gemäss Art. 36 Abs. 2 BauG.²⁴ Die Gemeinde Münsingen hat eine Ortsplanungsrevision beschlossen, die dem Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) bereits zur Genehmigung eingereicht wurde. Die erste öffentliche Auflage war im April 2021 erfolgt.²⁵ Es ist nicht genau bekannt, wann der Beschwerdegegner und seine Ehefrau die Sichtschutzwand erstellt haben. Gemäss der baupolizeilichen Anzeige war dies im Mai 2020 der Fall,²⁶ d.h. noch vor der ersten öffentlichen Auflage der Ortsplanungsrevision, so dass grundsätzlich die ÜO A._____ anwendbar ist.

c) Im Hinblick auf das weitere Verfahren stellt sich die Frage, in welcher Vorschrift die Höhe einer baulichen Einfriedung gegenüber dem «halböffentlichen» Fussweg der ÜO A._____ geregelt ist. Die Beschwerdeführenden bringen vor, Art. 18 ÜV begrenze die maximale Höhe von Trennwänden zwischen den Reiheneinfamilienhäusern auf 1,90 m. Sie gingen davon aus, dass diese Bestimmung auch gegenüber dem Gehweg gelten würde, weshalb vorliegend eine Ausnahme nötig sei. Die Gemeinde verneint dies und führt aus, Art. 18 Abs. 1 ÜV unterscheide zwischen Einfriedungen gegenüber privaten Grundstücken und Einfriedungen gegenüber Strassen, Fusswegen etc. Die Höhe einer Einfriedung entlang eines Fusswegs sei nicht auf 1,90 m beschränkt, weshalb die bestehenden Sichtschutzwände zulässig seien.

Art. 18 Abs. 1 ÜV steht unter der Marginalie «Vorgärten und Gärten». Abs. 1 bestimmt, dass Vorgärten und Gärten gegenüber den Strassen, Fussgängerbereichen und Fusswegen sowie Zufahrten und Parkplätzen durch geeignete Massnahmen wie Terrainabsätze, Einfriedungen und dergleichen abzutrennen sind. Feste Einfriedungen zur gegenseitigen Trennung privater Grundstücke sind bis auf eine Höhe von 1,90 m gestattet. Der Wortlaut von Satz 2 («zur gegenseitigen Trennung privater Grundstücke») deutet darauf hin, dass die Abtrennung zwischen den schmalen Reihenhausgärten gemeint sein muss. Sowohl das geltende als auch das neue Baureglement der Gemeinde Münsingen verweisen für die Höhe und Abstände von festen Einfriedungen auf die zivilrechtlichen Bestimmungen des Nachbarrechts von Art. 79k EG ZGB²⁷ (vgl. Anhang A5.2 GBR; Anhang I nGBR). Gemäss Art. 79k EG ZGB dürfen Einfriedungen bis zu einer Höhe von 1,20 m an die Grenze gestellt werden, höhere Einfriedungen sind um die Mehrhöhe von der Grenze zurückzunehmen. Die Rückversetzung einer Einfriedung wäre bei den äusserst schmalen Reihenhausgärten der ÜO A._____ faktisch kaum möglich. Mit Art. 18 Abs. 1 Satz 2 ÜV wurde für die ÜO A._____ eine Sondervorschrift geschaffen, die den schmalen Gärten Rechnung trägt und den allgemeinen Bestimmungen des Baureglements vorgeht.

Zur Auslegung kann auch berücksichtigt werden, wie die Bestimmung bisher verstanden und angewendet wurde. Die Abtrennungen gegen den Fussweg bestehen soweit ersichtlich zum überwiegenden Teil (noch) nicht aus baulichen Elementen, sondern aus Hecken.²⁸ Der

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 14a

²⁵ Münsingen 2030 – vorausschauend gestalten, Erläuterungsbericht und Baureglement vom 15. Mai 2022 (nGBR); abrufbar auf der Homepage der Gemeinde Münsingen

²⁶ E-Mail des Beschwerdeführers 1 vom 1. Juni 2020, Vorakten pag. 14

²⁷ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

²⁸ Vgl. Fotos in der Beilage zur Beschwerde

Fachausschuss befasste sich offenbar erstmals mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen bauliche Abtrennungen (wie Sichtschutzelemente, Steinkörbe und mit Holzschichten gefüllte Metallkonstruktionen) gegenüber dem Fussweg zulässig sein sollen. Nach einer Begehung kam er zum Schluss, dass 2 m hohe Abtrennungen möglich seien.²⁹ Der Gemeinde kann daher zugestimmt werden, dass Art. 18 Abs. 1 ÜV zwei verschiedene Sachverhalte regelt, nämlich die Abgrenzung gegenüber den Verkehrs- und Zirkulationsflächen (Satz 1), und die Höhe von festen Einfriedungen zwischen den schmalen Reihenhaushäusern (Satz 2).

d) Wie oben erwähnt, verweist das GBR für die Abstände und Höhen von festen Einfriedungen gegenüber Nachbargrundstücken auf das zivilrechtliche Nachbarrecht von Art. 79k EG ZGB. Für Einfriedungen gegenüber Strassen gilt die kantonale Strassengesetzgebung (vgl. auch Anhang A5.4 GBR). Diese regelt die Strassenabstände und Höhen von Einfriedungen, Zäunen und Pflanzen in Art. 56 und 57 SV³⁰ abschliessend.

Die ÜO A. _____ unterscheidet zwischen den öffentlichen Strassen und Fusswegen, die sie als Detailerschliessung bezeichnet, und den «halböffentlichen» Fusswegen und Plätzen.³¹ Während die rechtliche Einordnung einer öffentlichen Strasse klar ist, stellt sich die Frage, wie die als «halböffentlich» bezeichneten Fusswege und Plätze rechtlich zu qualifizieren sind. Die «halböffentlichen» Fusswege im hier betroffenen Bereich sind nicht als Wegparzelle ausgeschieden, sondern verlaufen über die privaten Grundstücke. Im vorliegenden Fall verläuft der Fussweg in Ost-West-Richtung sowohl über die südlich als auch über die nördlich gelegenen Grundstücke. Gemäss Art. 14 ÜV dienen die «halböffentlichen» Fusswege und Plätze den Bewohnern des Quartiers und sind möglichst attraktiv für alle Benützer zu gestalten. Diese Fusswege und Plätze stehen demnach einer Vielzahl von Personen offen, deren Kreis nicht näher definiert ist. Die Fusswege sind somit kraft ÜO dem Gemeingebrauch gewidmet. Zudem lastet gemäss Eintrag im Grundbuch ein «Beschränktes Fussweg- und Platzanlagenbenutzungsrecht zu Gunsten der Einwohnergemeinde Münsingen» auf den Privatparzellen im hier betroffenen Bereich.³² Es ist davon auszugehen, dass dieses Fusswegrecht eine Widmung zu Gunsten der Allgemeinheit, d.h. zum Gemeingebrauch darstellt.

e) Strassen, Wege und Plätze, die dem Gemeingebrauch offenstehen, gelten als öffentliche Strassen (Art. 4 Abs. 1 SG³³). Stehen sie in Privateigentum spricht das Strassengesetz von Privatstrassen im Gemeingebrauch (vgl. Art. 4 Abs. 2 und Art. 9 SG). Im vorliegenden Fall sind somit auch die «halböffentlichen» Fusswege als öffentliche Strassen im Sinne von Art. 4 SG zu qualifizieren. Gegenüber öffentlichen Strassen im Sinne von Art. 4 SG gelten die strassenrechtlichen Vorschriften. Einfriedungen bis zu einer Höhe von 1,2 m müssen einen Strassenabstand von 0,5 m ab Fahrbahnrand einhalten. Höhere Einfriedungen und Zäune sind um ihre Mehrhöhe zurückzusetzen (Art. 56 SV). Für Einfriedungen mit Pflanzen gelten die Vorschriften von Art. 57 SV.

f) Auch bei baupolizeilichen Verfahren ist nach der Rechtsprechung das spätere Recht anwendbar, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist.³⁴ Ob das künftige Recht milder sein wird, lässt sich vorliegend nicht beurteilen. In der Ortsplanungsrevision ist vorgesehen, die ÜO A. _____ betreffend die hier interessierenden Gebiete D, E1, E2 und C2 aufzuheben. Das

²⁹ Vgl. Protokoll der Sitzung des Fachausschusses A. _____ vom 4. August 2020, S. 4 f., 8 f., Vorakten pag. 19

³⁰ Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1)

³¹ Vgl. auch Überbauungsplan der ÜO A. _____, genehmigt am 14. September 1993, Geringfügige Änderung der ÜO A. _____ ZPP C, Überbauungsplan, genehmigt am 12. Januar 1998

³² Angaben abgerufen im Grundstückdaten-Informationssystem GRUDIS betr. Münsingen 1 Gbbl. Nrn. H. _____ und B. _____

³³ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

³⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 14a

Gebiet soll neu der Zone Erhaltung ZE zugewiesen werden.³⁵ In der ZE richten sich die baulichen Möglichkeiten nach dem in Art. 8 nGBR definierten Erhaltungsziel (vgl. Art. 3 i.V.m. nGBR). Bei den Fusswegen ergibt sich die Widmung zum Gemeingebrauch nicht nur aus der ÜO A._____, sondern wie erwähnt auch aus den Dienstbarkeiten («Beschränktes Fussweg- und Platzanlagenbenutzungsrecht zu Gunsten der Einwohnergemeinde Münsingen»). Es ist daher davon auszugehen, dass die Aufhebung des Überbauungsplans nichts daran ändert, dass es sich bei den Fusswegen um Privatstrassen im Gemeingebrauch im Sinne von Art. 4 SG handelt und dass somit die strassenrechtlichen Bestimmungen über Einfriedungen anwendbar bleiben.

g) Es ist nicht Aufgabe der BVD als Rechtsmittelbehörde, das Wiederherstellungsverfahren weiterzuführen und als erste Behörde über eine allfällige Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu befinden. Die Sache ist daher an die Gemeinde zurückzuweisen zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen (vgl. Art. 72 VRPG³⁶). Nebst dem Beschwerdegegner ist auch Frau E._____ als Miteigentümerin am Wiederherstellungsverfahren zu beteiligen. Die Gemeinde hat in ihrem Schreiben zum rechtlichen Gehör zwar darauf hingewiesen, dass mit der Wiederherstellungsverfügung die Möglichkeit bestehe, innert 30 Tagen ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Es handelte sich aber erst um einen Hinweis auf das weitere Verfahren. Die Frist zur Einreichung eines nachträglichen Gesuchs ist nicht verwirkt. Dem Beschwerdegegner und Frau E._____ ist daher Gelegenheit zu geben, ein formelles Baugesuch gemäss Art. 10 ff. BewD einzureichen, soweit dies nicht zum vornherein aussichtslos erscheint. In einer allfälligen Baueingabe müssen die Masse und die Abstände, namentlich zur Parzellengrenze und gegenüber dem Fussweg auf den Plänen korrekt vermassst sein. Kann das Bauvorhaben nicht oder nicht vollständig bewilligt werden, hat die Gemeinde über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu entscheiden.

4. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 1200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁷).

b) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei Rückweisung wird praxisgemäss von einem vollumfänglichen Obsiegen der Beschwerdeführenden ausgegangen, wenn ein Rückweisungsentscheid ergeht und die vorzunehmende Neubeurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.³⁸ Die Verfahrenskosten werden daher dem Beschwerdegegner auferlegt.

c) Die Beschwerdeführenden waren nicht anwaltlich vertreten. Parteikosten sind nicht zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

³⁵ Münsingen 2030 – vorausschauend gestalten, a.a.O., Erläuterungsbericht S. 70 und 114

³⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

³⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³⁸ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 6

III. Entscheid

1. Die Verfügung der Gemeinde Münsingen vom 6. September 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Gemeinde Münsingen zurückgewiesen. Insoweit wird die Beschwerde gutgeheissen.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1200.– werden dem Beschwerdegegner zur Bezahlung auferlegt. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Frau D. _____ und Herrn C. _____, eingeschrieben
- Herrn E. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Münsingen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Rückweisungsentscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 61 i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VRPG erfüllt sind. 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.