



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2024/59

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 19. August 2024

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer

und

Frau **B.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Aegerten, Gemeindeverwaltung, Schulstrasse 3,
2558 Aegerten**

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Aegerten vom 15. April 2024 (Baugesuch-Nr. C._____) (eBau-Nr. 2023-D.______); Ersatz Holzzaun durch PVC-Zaun)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte sind Miteigentümer der Liegenschaft Aegerten Nr. E._____. Diese befindet sich in der Wohnzone W2C. Nachbarn meldeten der Gemeinde einen neuen Sichtschutzzaun auf der Nachbarparzelle Nr. E._____, welcher ihre Sicht bei der Grundstücksausfahrt einschränke und die Grenzabstände nicht einhalte. Die Gemeinde teilte daraufhin dem Beschwerdeführer und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten mit Schreiben vom 6. März 2023 mit, Einfriedungen ab einer Höhe von 1.20 m seien baubewilligungspflichtig. Im Hinblick auf die allfällige Übernahme der Erschliessungsstrasse «F._____» durch die Gemeinde verwies diese auf die Regelungen bezüglich Strassenabstände für Einfriedungen und Zäune nach Art. 56 Abs. 1 bis 3 SV¹. Sie führte insbesondere aus, an unübersichtlichen Stellen wie z.B. bei einer Ausfahrt dürften Einfriedungen und Zäune die Fahrbahn um höchstens 0.60 m überragen (Einhaltung der Sichtbermen). Sie gewährte dem Beschwerdeführer und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten bis am 5. April 2023 Gelegenheit zur Stellungnahme, zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs oder zur

¹ Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1)

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Nach Ablauf der unbenutzten Frist drohte sie weitere baupolizeiliche Schritte (Wiederherstellungsverfügung) an.

2. Nach einer Fristverlängerung reichte der Beschwerdeführer eine «einfache Vorabklärung» für den Ersatz eines Holzzaunes durch einen PVZ-Zaun (Länge 14 m, Breite 5 m und Höhe 1.2 m) ein. Die Gemeinde forderte ihn mit Schreiben vom 31. Mai 2023 auf, ein Baugesuch einzureichen, da eine «einfache Vorabklärung» nicht genüge. Aufgrund von Mängeln beim Situationsplan und nach dem Hinweis auf den notwendigen Strassenabstand von Einfriedungen und Zäunen (50 cm ab Fahrbahnrand sowie Überragen der Fahrbahn um höchstens 60 cm an unübersichtlichen Stellen wie einer Ausfahrt) wies sie das Gesuch zurück und verlangte dessen Verbesserung. Der Beschwerdeführer reichte am 14. Juni 2023 innert Frist ein Baugesuch ein.

3. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 26. Juni 2023 teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer mit, das eingereichte Baugesuch sei aufgrund des fehlenden Strassenabstandes und dem Nichteinhalten der Sichtbermen nicht bewilligungsfähig und gewährte Gelegenheit zur Stellungnahme, zum Rückzug des Baugesuchs und/oder zum Einreichen einer Projektänderung.

4. Die vom Beschwerdeführer zum damaligen Zeitpunkt mandatierte Anwältin stellte mit Schreiben vom 28. August 2023 die Baubewilligungspflicht des gemäss ihren Angaben 1.20 m hohen Zauns in Frage und verlangte zu wissen, wo genau die Sicht von der Strasse aus behindert werde. Mit Schreiben vom 15. September 2023 verwies die Gemeinde in Bezug auf die Baubewilligungspflicht auf ihr Schreiben vom 6. März 2023 an den Beschwerdeführer.

5. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2023 liess der Beschwerdeführer über seine damalige Anwältin ausführen, der Zaun sei genau 1.20 m hoch, daher nach Art. 6 Abs. 1 Bst. 1 (recte Bst. i) BewD² bewilligungsfrei und erklärte das gestellte Gesuch als hinfällig. In Bezug auf den von der Gemeinde verlangten Mindestabstand von 50 cm zur Fahrbahn gemäss Art. 56 SV verwies sie darauf, dass es sich um eine Privatstrasse und nicht um eine öffentliche Strasse handle und diese Vorschrift nicht anwendbar sei. Sie machte geltend, es gelte vorliegend einzig Art. 79k EG ZGB³, wonach Zäune, die nicht höher als 120 cm sind, an der Grenze errichtet werden dürfen.

6. Nachdem die Gemeinde gemäss ihren Angaben mehrfach vergeblich versucht hatte, die Anwältin des Beschwerdeführers zu erreichen,⁴ stellte sie mit Verfügung vom 13. Dezember 2023 den Bauabschlag ohne Bekanntmachung und einen Entscheid über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes in Aussicht und gewährte eine Frist für Schlussbemerkungen.

7. Nach Durchführung einer Kontrolle vor Ort vom 11. April 2024, an welcher sie die Höhe und den Abstand zur Strasse mass,⁵ erteilte die Gemeinde mit Verfügung vom 15. April 2024 den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Rückbau des Zauns innert vier Monaten nach Rechtskraft der Verfügung) an.

8. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 1. Mai 2024 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Feststellung, dass der umstrittene Zaun baubewilligungsfrei ist. Er macht insbesondere auch geltend, die Gemeinde habe die Begründungspflicht verletzt.

² Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

³ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

⁴ Vgl. Beilage 13 Vorakten

⁵ Vgl. Fotos Beilage 15 Vorakten

9. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁶, beteiligte die Miteigentümerin der betroffenen Parzelle von Amtes wegen am Verfahren, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde beantragt die Abweisung der Beschwerde, verweist auf den angefochtenen Entscheid und verzichtet im Übrigen auf eine Stellungnahme. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte schloss sich mit Schreiben vom 10. Mai 2024 der Begründung und den Anträgen der Beschwerde des Beschwerdeführers an.

Mit Verfügung vom 11. Juni 2024 stellte das Rechtsamt dem Beschwerdeführer und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten die Fotos der Anzeigenden sowie der Kontrolle der Gemeinde Aegerten vom 11. April 2024 zu. Alle Parteien erhielten zudem einen Ausdruck eines Orthophotos der Geoportal-Karte des Kantons Bern. Das Rechtsamt erwog in dieser Verfügung:

Eine erste summarische Einschätzung des Rechtsamts ergibt Folgendes: Gemäss den von den Nachbarn eingereichten Fotos und den Fotos, welche die Gemeinde am 11. April 2024 aufgenommen hat, scheint der Zaun über 1.20 m hoch und damit baubewilligungspflichtig zu sein (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD).

Da der Beschwerdeführer bzw. dessen damalige Anwältin das Baugesuch mit Schreiben vom 3. Oktober 2023 zurückgezogen hat, wird dieses abzuschreiben sein. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ist die Bewilligungsfähigkeit des Zauns jedoch summarisch zu prüfen, da es unverhältnismässig wäre, eine an und für sich bewilligungsfähige Baute bloss wegen Fehlens der förmlichen Baubewilligung beseitigen zu lassen.⁷ Diese vorläufige summarische Prüfung der Bewilligungsfähigkeit ergibt, was folgt: Da die Gemeinde Aegerten keine Vorschriften zum Abstand von Einfriedungen zur Nachbarparzelle erlassen hat, gilt Art. 79k Abs. 1 EG ZGB als öffentlich rechtliche Bestimmung der Gemeinde (Art. 3 NBRD⁸ sowie BSIG Nr. 7/721.0/10.1, Ziffer 4.2.1). Soweit der Zaun auf der Grenze zum Nachbargrundstück steht, darf er daher 1.20 m nicht überschreiten bzw. muss um das Mass der Mehrhöhe von der Grenze zurückgenommen werden. In Bezug auf den umstrittenen Strassenabstand ergibt eine vorläufige Einschätzung, dass es sich vorliegend vermutlich um eine öffentliche Strasse und nicht um eine Privatstrasse handelt. Denn die Strasse scheint nicht nur ein Gebäude bzw. eine zusammengehörige Gebäudegruppe mit dem Erschliessungsnetz zu verbinden (Art. 106 Abs. 3 BauG⁹). Von einer zusammengehörigen Gebäudegruppe kann bei einer Arealüberbauung mit gemeinsamer Zufahrt, gemeinsamen Parkplätzen und internen Verbindungen, die weitgehend nur aus Fusswegen bestehen, gesprochen werden.¹⁰ Vorliegend zweigen von der Zufahrtsstrasse drei Hauszufahrten ab, welche zu je zwei bzw. einem Haus mit (allenfalls) individuellen Parkierungsmöglichkeiten führen (vgl. Orthophoto). Daher scheint eine Detailerschliessungsstrasse vorzuliegen, welche zwingend ins Eigentum der Gemeinde übergeht, auch wenn noch keine entsprechende Verfügung vorliegt.¹¹ Der umstrittene Zaun müsste daher den Strassenabstand gemäss Art. 56 Abs. 1 und 2 SV einhalten, was gemäss den Fotos in den Akten nicht der Fall zu sein scheint. Zudem ist fraglich, ob der Zaun den ästhetischen Anforderungen genügt.

Das Rechtsamt beabsichtigt gestützt auf diese Überlegungen, die angefochtene Wiederherstellungsverfügung grundsätzlich zu bestätigen. Den angefochtenen Entscheid würde das Rechtsamt jedoch von Amtes wegen mit einer Frist zur Einreichung eines Gesuchs um Bewilligung eines reduzierten Projekts ergänzen (z.B. Rückversetzung des Zauns um die Mehrhöhe und/oder Reduktion der Höhe des Zauns auf das zulässige Mass), da gemäss der bundesgerichtlichen Praxis aus Gründen der Verhältnismässigkeit geklärt werden muss, ob ein Teil des Zauns weiter verwendet werden kann.¹² Sollte ein solches Baubewilligungsver-

⁶ 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)

⁷ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 15a

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

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

¹⁰ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 5. Aufl., Bern 2024, Art. 106/107 N. 13

¹¹ Vgl. VGE 2010.10 vom 10.06.2010 E. 3.4

¹² Bundesgerichtsurteil 1C_555/2013 vom 28. März 2014, E. 8.4

fahren angehoben werden, müssten auch die Nachbarn Gelegenheit erhalten, sich daran zu beteiligen. Das Rechtsamt würde den angefochtenen Entscheid zudem mit der Androhung der Ersatzvornahme ergänzen.

Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit, bis zum 2. Juli 2024 schriftlich in 3-facher Ausfertigung dazu Stellung zu nehmen.

Der Beschwerdeführer und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte hielten mit Schreiben vom 1. Juli 2024 an der Beschwerde fest. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

a) Mit der angefochtenen Verfügung vom 15. April 2024 erteilte die Gemeinde den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Rückbau des Zauns innert vier Monaten nach Rechtskraft der Verfügung) an. Der Beschwerdeführer verlangt nun die Aufhebung des Entscheids und die Feststellung der Baubewilligungsfreiheit.

b) 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. Der Beschwerdeführer wird durch den vorinstanzlichen Entscheid zur Wiederherstellung verpflichtet, und ist dadurch beschwert. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten. Dies gilt auch für das Feststellungsbegehren in Bezug auf die Baubewilligungspflicht.¹³

2. Abschreibung Baugesuch

Der Beschwerdeführer bzw. dessen damalige Anwältin hat das ursprünglich gestellte Baugesuch zurückgezogen (vgl. Schreiben vom 3. Oktober 2023). Über das Gesuch darf daher nicht entschieden werden und das Baubewilligungsverfahren ist, wie in der Verfügung vom 11. Juni 2024 angekündigt, abzuschreiben (Art. 39 Abs. 1 VRPG¹⁴). Der angefochtene Entscheid ist diesbezüglich von Amtes wegen abzuändern. Der Rückzug betrifft jedoch einzig das nachträgliche Baubewilligungsverfahren und nicht das Baupolizei- bzw. Wiederherstellungsverfahren, über das die Gemeinde im angefochtenen Entscheid ebenfalls entschieden hat. Die Abschreibung des Baubewilligungsverfahrens ändert nichts an den im angefochtenen Entscheid auferlegten Kosten von CHF 550.00, da deren Höhe auch bei einer Abschreibung (und der Wiederherstellung) gerechtfertigt erscheinen (fünf Stunden Aufwandgebühr 1 von CHF 110.00 pro Stunde) und auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (vgl. Ziffern 1.1.2.3 und 1.2.2.1 des «Anhang 1 Gebühren Bauwesen» der Gebührenverordnung und Tarife zum Gebührenreglement der Gemeinde Aegerten vom 1. Januar 2006 sowie Art. 3 dieser Verordnung).

3. Begründungspflicht

¹³ VGE 2015/106 vom 8.10.2015, E. 1.2

¹⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

a) Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da der angefochtene Entscheid keine nachvollziehbare Begründung enthalte.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.¹⁵

c) Vorliegend kann dem angefochtenen Entscheid keine Begründung entnommen werden, warum der Zaun entfernt werden muss. Die Gemeinde hielt einzig fest, das Bauvorhaben sei zonenkonform. Sie hat damit die Begründungspflicht verletzt.

d) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.¹⁶ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁷

Nachdem die Gemeinde auf eine Stellungnahme im Beschwerdeverfahren verzichtet hatte, legte das Rechtsamt in einer summarischen Beurteilung und insbesondere unter Zustellung der Fotos des vorinstanzlichen Verfahrens dar, weshalb der Sichtschutz voraussichtlich zu entfernen ist. Der Beschwerdeführer und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten konnten sich dazu äussern. Da das Rechtsamt mit voller Kognition entscheidet (Art. 66 Abs. 1 VRPG),¹⁸ kann die Gehörsverletzung geheilt werden. Die Gehörsverletzung wird jedoch bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein.

4. Ausgangslage und Standpunkt des Beschwerdeführers und der von Amtes wegen Beteiligten

a) Die Einfriedung besteht aus metallfarbenen Pfosten, welche etwas weniger hohe, dunkle PVC-Elemente verbinden. Sie verläuft an der Westseite des Grundstücks entlang der Grenze zur Nachbarparzelle Nr. G. _____ (hier endet der Zaun auf unterschiedlicher Höhe, also «treppenförmig»¹⁹). Danach biegt sie zuerst in einem rechten Winkel ab, um entlang der Strassenparzelle Nr. H. _____ und danach in Richtung der Liegenschaft des Beschwerdeführers und der von

¹⁵ BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; BGE 140 II 262 E. 6.2; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 7

¹⁶ BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 9 bis 11

¹⁷ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21 und 39

¹⁸ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 49 N. 4

¹⁹ Vgl. insbesondere Fotos 1 und 2 der Stellungnahme vom 1. Juli 2024 des Beschwerdeführers und der von Amtes wegen Beteiligten

Amtes wegen Beteiligten zu führen (vgl. Plan Vorakten Beilage 6). Entlang der Einfriedung besteht auf der Nachbarparzelle Nr. G._____ eine relativ schmale Zufahrt, welche leicht ansteigt, während das Grundstück des Beschwerdeführers und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten auf einem tieferen Niveau bleibt. Angrenzend an diese Zufahrt befindet sich ein weiteres, bisher unbebautes Grundstück (Nr. I._____). Danach endet die Strassenparzelle Nr. H._____, bei welcher es sich um ein Anmerkungsgrundstück der dadurch erschlossenen Parzellen Nrn. J._____-G._____ handelt (vgl. Orthophoto gemäss Verfügung vom 11. Juni 2024). Diese Strassenparzelle schliesst im Nordosten an die Gemeindestrasse «F._____» an und geht im Südwesten an einer «T-Kreuzung» in eine kleinere Strasse über (gegen Norden Privatweg belastet mit Wegdienstbarkeiten auf Parzelle Nr. K._____ und gegen Süden Privatsträsschen mit öffentlichem Fahr- und Fussweg und privaten Wegrechten auf Parzelle Nr. L._____).

b) In der Beschwerde bringt der Beschwerdeführer insbesondere vor, die Einfriedung messe exakt 1.20 m und sei daher baubewilligungsfrei. Die Sicht werde nicht eingeschränkt, zudem handle es sich nicht um eine öffentliche Strasse (die Eigentümer hätten sich den Erwerbsbemühungen durch die Gemeinde wegen allfälliger Instandstellungskosten widersetzt), weshalb die Strassenabstände nicht einzuhalten seien.

In ihrer Stellungnahme vom 1. Juli 2024 machen der Beschwerdeführer und die von Amtes wegen Beteiligte geltend, die umstrittene Einfriedung messe exakt 1.20 m, was das anzufragende Gartenbauunternehmen bestätigen könne. Die Fotos der Gemeinde würden einen falschen Eindruck erwecken, da diese innerhalb ihrer Parzelle aufgenommen worden seien. An der Grenze sei das Terrain deutlich höher und von dort aus seien gemäss Art. 79k EG ZGB die 1.20 m zu messen (vom gewachsenen Boden des höher gelegenen Terrains aus). Der Zaun sei 14 m lang und sei treppenförmig angeordnet wegen der Neigung des Weges. Er bestehe aus vier Teilen von 6 m (oberer Teil des Zauns) bzw. 3.60 m, 1.80 m und 3.60 m Länge. Bei jeder Stufe messe der Zaun max. 1.20 m. Bei der Strasse handle es sich um eine Privatstrasse, da sie nur der Erschliessung des Nachbarhauses Nr. G._____ diene. Daher seien alle Zäune auf der Grenze erstellt worden. Es gebe keinen Verkehr Richtung Westen, daher sei auch die Sicht kein Problem.

5. Formelle Rechtswidrigkeit / Baubewilligungspflicht

a) Bauten und Anlagen dürfen nur mit einer behördlichen Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 RPG²⁰). Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen; baubewilligungspflichtig sind auch wesentliche Terrainveränderungen (Art. 1a Abs. 1 und 2 BauG).²¹ Keiner Baubewilligung bedürfen insbesondere der Unterhalt von Bauten und Anlagen, für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben. Im Übrigen bestimmt das Baubewilligungsdekret die baubewilligungsfreien Bauvorhaben (Art. 1b Abs. 1 BauG). So zählen die Artikel 6 und 6a BewD detailliert auf, welche Vorhaben baubewilligungsfrei sind. So sind etwa Einfriedungen bis zu einer Höhe von 1.20 m baubewilligungsfrei (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Bei den 1.20 m handelt es sich nicht um ein Durchschnittsmass. Somit darf die Höhendifferenz zwischen dem massgebenden Terrain, also dem natürlich gewachsenen Geländeverlauf bzw. im Falle der Abgrabung dem fertigem Terrain, und oberkant Einfriedigung, Stützmauer oder Schrägrampe zwischen Beginn und Ende der Anlage in keinem

²⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

²¹ Vgl. auch Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 1a N. 10 ff.

Punkt das Höhenmass von 1.20 m überschreiten.²² Nicht entscheidend ist in diesem Zusammenhang Art. 79k EG ZGB, da dieser die Frage des Grenzabstandes und nicht diejenige der Baubewilligungspflicht betrifft (vgl. dazu nachfolgend Ziffer 6b).

b) Entlang der Nachbarparzelle Nr. G. _____ befindet sich die umstrittene Einfriedung auf der teilweise tiefer liegenden Parzelle des Beschwerdeführers und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten. Für die Frage der Baubewilligungspflicht wird die Höhe des Zauns vom fertigen Terrain dieser Parzelle aus gemessen, da es sich dabei entweder um den natürlich gewachsenen Geländeverlauf oder um ein abgegrabenes Terrain handelt. Oberkant Einfriedung bedeutet vorliegend der höchste Punkt der Pfosten. Gemäss den Fotos der Gemeinde, die den oberen Teil eines Massstabs zeigen, haben die gemessenen Pfosten eine Höhe von rund 1.40 m, 1.55 m, 1.65 m und 1.70 m. Gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten hat die Gemeinde die Höhe von ihrer Parzelle aus und damit korrekt gemessen. Dies wird durch das von ihnen mit Schreiben vom 1. Juli 2024 eingereichte Foto 3 bestätigt. Gemäss der Beschriftung dieses Fotos misst der Pfosten an der fotografierten Stelle von ihrem Grundstück aus 1.60 m. Damit übersteigt die Einfriedung das baubewilligungsfreie Mass. Sie ist somit baubewilligungspflichtig und das diesbezügliche Feststellungsbegehren ist abzuweisen. Der Sachverhalt erscheint hinreichend klar, so dass keine weiteren Beweismassnahmen nötig sind. Der Antrag auf Befragung des Gartenbauunternehmens wird daher abgewiesen.

6. Materielle Rechtswidrigkeit

a) Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen (sog. formelle Rechtswidrigkeit). In Fällen, in denen kein nachträgliches Baugesuch gestellt wird, hat die Rechtsmittelbehörde deshalb summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben bewilligt werden könnte (sog. materielle Rechtswidrigkeit).²³

b) Nach der Praxis der BVD kommt ein Verzicht auf die Wiederherstellung nur dann in Betracht, wenn es offensichtlich klar ist, dass die getätigten Arbeiten bewilligungsfähig wären. Vorliegend ist dies nicht der Fall: Die Strassenparzelle Nr. H. _____ (Anmerkungsgrundstück der Nachbarparzellen Nrn. J. _____-G. _____), an welche ein Teil der Einfriedung angrenzt, scheint nicht nur ein Gebäude bzw. eine zusammengehörige Gebäudegruppe mit dem Erschliessungsnetz zu verbinden (Art. 106 Abs. 3 BauG). Von einer zusammengehörigen Gebäudegruppe kann bei einer Arealüberbauung mit gemeinsamer Zufahrt, gemeinsamen Parkplätzen und internen Verbindungen, die weitgehend nur aus Fusswegen bestehen, gesprochen werden.²⁴ Vorliegend zweigen von der Zufahrtsstrasse drei Hauszufahrten ab, welche zu je zwei bzw. einem Haus mit (allenfalls) individuellen Parkierungsmöglichkeiten führen (vgl. Orthophoto gemäss Verfügung vom 11. Juni 2024). Daher scheint eine Detailerschliessungsstrasse vorzuliegen, welche zwingend ins Eigentum der Gemeinde übergeht, auch wenn noch keine entsprechende Verfügung vorliegt.²⁵ Die umstrittene Einfriedung müsste daher den Strassenabstand gemäss Art. 56 Abs. 1 und 2 SV einhalten, was gemäss den Fotos der Gemeinde und der Anzeigenden nicht der Fall zu sein scheint. Nicht anwendbar ist hingegen in Bezug auf die Zufahrt der Nachbarn Art. 56 Abs. 3 SV, der vorsieht, dass an unübersichtlichen Strassenstellen Einfriedungen und Zäune die Fahrbahn um höchstens 0.60 m überragen. Denn diese Bestimmung bezieht sich nur auf unübersicht-

²² Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG) Nr. 7/725.1/1.1 vom 25. April 2019, Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Artikel 1b BauG, Ziffer 2 Bst. i sowie Art. 1 Abs. 1 und 3 Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

²³ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 15a

²⁴ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 5. Aufl., Bern 2024, Art. 106/107 N. 13

²⁵ Vgl. VGE 2010.10 vom 10.06.2010 E. 3.4

liche Stellen der öffentlichen Strassen selber (Kreuzungen, Verzweigungen, Kurven), nicht auch auf Bereiche privater Einfahrten in öffentliche Strassen. Die verkehrssichere Ausgestaltung des privaten Strassenanschlusses ist Sache des Anschliessers. Sie hat grundsätzlich auf dessen eigenem Land und auf dessen eigene Kosten zu geschehen und nicht zulasten eines Nachbarn.²⁶

Was die Bewilligungsfähigkeit der Einfriedung beim Übergang zum höher gelegenen Nachbargrundstück Nr. G. _____ betrifft, gilt Art. 79k Abs. 1 EG ZGB als öffentlich rechtliche Bestimmung der Gemeinde, da die Gemeinde Aegerten keine Vorschriften zum Abstand von Einfriedungen zur Nachbarparzelle erlassen hat.²⁷ Soweit der Zaun auf der Grenze zum Nachbargrundstück steht, darf er daher 1.20 m, gemessen ab gewachsenem Boden des höher gelegenen Grundstücks nicht überschreiten bzw. muss um das Mass der Mehrhöhe von der Grenze zurückgenommen werden. Vorliegend ist das Terrain stark abgestuft. Wie der natürlich gewachsene Geländeverlauf (vgl. Art. 1 BMV) und welches die zulässige Höhe der Einfriedung ist, kann gestützt auf die Akten nicht beurteilt werden. Insbesondere ist nicht klar, ob und allenfalls wie viel das Nachbargrundstück Nr. G. _____ aufgeschüttet worden ist. Weiter liegen nur einzelne Messungen bezüglich der Höhe der abgestuften Einfriedung vor. Eine klare Bejahung der Bewilligungsfähigkeit ist damit nicht möglich. Zudem bestehen vorliegend ästhetische Bedenken.

Die Durchführung von weiteren Beweismassnahmen zur Beurteilung der materiellen Rechtswidrigkeit rechtfertigen sich nicht. Die beantragten Beweismassnahmen (insb. Augenschein, Messungen durch einen Geometer) werden daher abgewiesen.

7. Wiederherstellung

a) Mit der angefochtenen Verfügung verpflichtet die Gemeinde den Beschwerdeführern, die erstellte Einfriedung innert 4 Monaten nach Rechtskraft vollumfänglich zurückzubauen.

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). 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.²⁸

c) Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was auf eine Gutgläubigkeit im baurechtlichen Sinn schliessen lassen würde. Bei bösem Glauben (im baurechtlichen Sinn) der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder sonst wie unverhältnismässig wäre.²⁹

d) Die Abweichung vom Erlaubten ist vorliegend nicht unbedeutend und es besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Ordnung und des Rechtsgleichheits-

²⁶ Vgl. BVR 1991 S. 271 E. 3a

²⁷ Art. 3 NBRD sowie BSIG Nr. 7/721.0/10.1 vom 14. April 2010, Baubewilligungsverfahren; Empfehlung zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben, Ziffer 4.2.1

²⁸ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

²⁹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. e

gebots. Bei Bösgläubigkeit gewinnen diese Grundsätze zusätzlich an Bedeutung.³⁰ Dementsprechend kann dem privaten Interesse des Beschwerdeführers an der Beibehaltung des bestehenden Zustandes nur wenig Gewicht beigemessen werden. Die öffentlichen Interessen überwiegen somit die privaten Interessen. Die Anordnung der Gemeinde, die Einfriedung zu entfernen, ist zudem sowohl geeignet als auch erforderlich: Ein milderes Mittel als den Rückbau ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Die zu erwartenden Kosten bzw. Nachteile der Wiederherstellung sind angesichts der fehlenden Gutgläubigkeit auch zumutbar. Die Gemeinde hat damit grundsätzlich zu Recht den Rückbau angeordnet.

Vorliegend kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass ein reduziertes Projekt (z.B. Rückversetzung des Zauns um die Mehrhöhe und/oder Reduktion der Höhe des Zauns auf das zulässige Mass) bewilligt werden könnte. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis muss daher aus Gründen der Verhältnismässigkeit geklärt werden, ob ein Teil der Einfriedung weiter verwendet werden kann.³¹ Der Wiederherstellungsentscheid der Gemeinde ist deshalb von Amtes wegen zu ergänzen und dem Beschwerdeführer ist Frist zu setzen, um entweder ein entsprechendes Gesuch einzureichen oder die Wiederherstellung zu vollziehen.³² Ein solches Gesuch müsste detaillierte Pläne unter Angabe des gewachsenen Terrains enthalten und dieses wäre im Bereich der Nachbarparzelle Nr. G. _____ beispielsweise durch alte Bauakten zu belegen. Sollte ein solches Baubewilligungsverfahren angehoben werden, müssten auch die Nachbarn Gelegenheit erhalten, sich daran zu beteiligen. Im Falle der Erteilung einer Baubewilligung wird die Gemeinde die Beschwerdegegnerschaft verpflichten müssen, das bewilligte Vorhaben unter Androhung der Ersatzvornahme innert angemessener Frist auch tatsächlich umzusetzen, damit der rechtmässige Zustand wiederhergestellt wird. Im Falle eines Bauabschlags muss die Gemeinde erneut über die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes befinden.

Das Rechtsamt ergänzt den angefochtenen Entscheid zudem mit der Androhung der Ersatzvornahme.³³

8. Ergebnis und Kosten

a) 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).

b) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV³⁴). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen der Beschwerdeführer und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass vorliegend auch ein Verfahrensmangel (Verletzung des rechtlichen Gehörs) geheilt werden musste. Es rechtfertigt sich daher, dafür einen Fünftel der Verfahrenskosten bzw. CHF 200.00 auszuscheiden.³⁵ Dieser Betrag trägt der Kanton, da der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Der Beschwerdeführer und die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte haben je Verfahrenskosten von CHF 400.00 zu bezahlen.

³⁰ BVR 2001 S. 207 ff. E. 3cc

³¹ Bundesgerichtsurteil 1C_555/2013 vom 28. März 2014, E. 8.4

³² Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9c Bst. d

³³ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 13 Bst. c

³⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

³⁵ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21; BVR 2004 S. 133 E. 3.1

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

III. Entscheid

1. Die Beschwerde und das Feststellungsbegehren werden abgewiesen.
2. Ziffer III des Entscheids der Gemeinde Aegerten vom 15. April 2024 wird vom Amtes wegen wie folgt angepasst:
 1. Das Baugesuch Nr. C._____ (eBau-Nr. 2023-D._____) wird infolge Rückzugs vom Protokoll abgeschrieben.
 2. Innert vier Monaten nach Rechtskraft ist der erstellte Zaun vollumfänglich zurückzubauen oder es ist ein Gesuch um ein reduziertes Projekt einzureichen.
 3. Nach unbenützter Frist ordnet die Gemeinde die Ersatzvornahme an.

Im Übrigen wird der Entscheid der Gemeinde Aegerten vom 15. April 2024 bestätigt.

3. Die Verfahrenskosten von CHF 800.00 werden dem Beschwerdeführer und der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten mit je CHF 400.00 zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A._____, eingeschrieben
- Frau B._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Aegerten, 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.