



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 120/2023/79

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 17. Juni 2024

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **C.**_____
Beschwerdeführerin

Herrn **D.**_____
Beschwerdeführer

und

Frau **E.**_____
Beschwerdegegnerin

Herrn **F.**_____
Beschwerdegegner

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt G._____

sowie

Baupolizeibehörde der Gemeinde Thunstetten, Bau und Betriebe, Flurstrasse 2, Postfach
114, 4922 Bützberg

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt I._____

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Thunstetten vom 17. November
2023 (2023-353/dd; Mauer mit Zaun)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführenden sind Gesamteigentümer der Parzelle Thunstetten Grundbuchblatt Nr. J._____. Die Parzelle grenzt im Osten an diejenige der Beschwerdegegnerin (Thunstetten Grundbuchblatt Nr. K._____). Im Sommer 2022 errichtete die Beschwerdegegnerschaft bei der Umgestaltung ihrer Gartenanlage und Grundstückseinfriedung im Abstand von nur wenigen Zentimetern entlang der Parzellengrenze zum Grundstück der Beschwerdeführenden einen neuen Metallzaun. Den Zaunabschnitt im nördlichen Bereich der gemeinsamen Parzellengrenze installierte sie auf einer ebenso im Sommer 2022 neu erstellten Mauer, mit welcher sie die

an dieser Stelle bisher bestehende, aber weniger hohe Natursteinmauer ersetzte. Für die erfolgten Umbaumassnahmen reichte sie kein Baugesuch ein und es liegt kein Näherbaurecht vor. Die Beschwerdeführenden wandten sich an die Gemeinde und monierten eine Verletzung baurechtlicher Vorschriften.

2. Am 10. Mai 2023 führte die Gemeinde Thunstetten eine Begehung des betreffenden Grundstücks durch. Im Juli 2023 wurden die von der Beschwerdegegnerschaft neu erstellten Bauten sodann von einem Geometer in ihren absoluten Höhen vermessen (OK Zaun, OK Mauer, OK bestehendes Terrain).¹

3. Mit Verfügung vom 28. August 2024 hielt die Gemeinde Thunstetten fest, sie habe anlässlich der Begehung vom 10. Mai 2023 festgestellt, dass die Höhe der neuen Einfriedung das zulässige Mass von 1.2 m ab massgebendem Terrain überschreite, wobei die Mauer und der Zaun in ihrer Höhe zusammengerechnet werden müssten. Ferner gewährte die Gemeinde Thunstetten der Beschwerdegegnerschaft das rechtliche Gehör und gab ihr Gelegenheit, sich zur Feststellung des widerrechtlichen Zustands zu äussern bzw. die Mauer mit dem Zaun zu entfernen oder ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Die Beschwerdegegnerschaft verzichtete daraufhin auf den Rückbau der Baute und die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs.

4. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 17. November 2023 forderte die Gemeinde Thunstetten die Beschwerdegegnerin auf, bis zum 31. Januar 2024 den bestehenden Metallzaun auf der ganzen Länge der Mauer auf ihrer Parzelle an der Grenze zum Grundstück der Beschwerdeführenden zu entfernen und den südlich vor Beginn der Mauer stehenden Metallpfosten auf die Höhe des Zauns vor Mauerbeginn herabzusetzen. Gleichzeitig wies sie auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hin und drohte die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

5. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 16. Dezember 2023 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen die Aufhebung der Verfügung vom 17. November 2023 insofern diese keine Wiederherstellung vorsieht und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Ferner sei die Gemeinde Thunstetten anzuweisen, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären und insbesondere das gewachsene Terrain amtlich festzustellen. Die von der Gemeinde neu zu erlassende Wiederherstellungsverfügung habe sodann die gesamte Länge der Grenze zwischen den beiden betroffenen Grundstücken zu berücksichtigen und die Beschwerdegegnerschaft habe alle als widerrechtlich zu bezeichnenden Bauten (Mauer, Zaun und Terrasse), die an der gemeinsamen Parzellengrenze das gesetzlich erlaubte Höchstmass von 1.2 m über gewachsenem Terrain überschreiten, zurückzubauen.

6. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet,² holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Mit Stellungnahme vom 4. Januar 2024 teilte die Gemeinde Thunstetten mit, dass die Beschwerdegegnerschaft am 21. Dezember 2023 ein nachträgliches Baugesuch eingereicht habe. Darin sei ersichtlich, dass der umstrittene Zaun entlang der Parzellengrenze grundsätzlich unverändert bleibe, jedoch dessen nördlicher und südlicher Teil neu als Sichtschutzwand ausgestaltet werde. Mit Verfügung vom 8. Januar 2024 hielt das Rechtsamt fest, dass die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs grundsätzlich zur Abschreibung des Beschwerdeverfahrens führen würde. Da im vorliegenden Fall jedoch eine weitergehende

¹ Siehe dazu die Fotodokumentation «Höhenaufnahmen» vom Juli 2023 in den Vorakten, pag. 89 ff.

² 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).

Wiederherstellung der strittigen Bauten verlangt wurde, führte das Rechtsamt in Abweichung dieser Praxis das Beschwerdeverfahren weiter.

7. Mit Beschwerdeantwort vom 25. Januar 2024 beantragt die Beschwerdegegnerschaft, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten und eventualiter sei diese abzuweisen. Ausserdem beantragt sie die Durchführung eines Augenscheins vor Ort, zumal sie den Beschwerdeführenden insofern zustimmt, als dass das massgebende Terrain von der zuständigen Behörde verbindlich festzulegen sei. Die Gemeinde Thunstetten beantragt mit Stellungnahme vom 8. März 2024 die Bestätigung ihrer Verfügung vom 17. November 2023 sowie die Abweisung der Beschwerde, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. In ihrer Stellungnahme vom 2. April 2024 bestätigen schliesslich die Beschwerdeführenden nochmals die Rechtsbegehren gemäss ihrer Beschwerde vom 16. Dezember 2023.

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen und Streitgegenstand

a) Die Beschwerdegegnerschaft bestreitet vorliegend die Zuständigkeit der BVD im vorliegenden Fall. Sie bringt diesbezüglich vor, dass für die Prüfung, ob eine Gemeinde ihre baupolizeilichen Pflichten erfüllt und zur Anordnung der allenfalls erforderlichen Massnahmen einzig das Regierungsstatthalteramt als Aufsichtsbehörde zuständig sei.

Vernachlässigt eine Gemeindebehörde ihre baupolizeilichen Pflichten und sind dadurch öffentliche Interessen gefährdet, so hat gemäss Art. 48 BauG³ an ihrer Stelle das Regierungsstatthalteramt die erforderlichen Massnahmen zu verfügen. Das Regierungsstatthalteramt übt gemäss Art. 48 Abs. 1 BewD⁴ die Aufsicht über die Gemeindebaupolizei aus und setzt säumigen Baupolizei- und Bewilligungsbehörden der Gemeinden angemessene Fristen zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten. Wenn nötig, verfügt das Regierungsstatthalteramt die erforderlichen Massnahmen selbst.

Die Gemeinde Thunstetten hat die ohne Baubewilligung getätigten und im vorliegenden Fall umstrittenen Umbaumassnahmen auf der Parzelle der Beschwerdegegnerschaft überprüft und dabei festgestellt, dass die neue Mauer mit dem darauf errichteten Zaun die maximal zulässige Höhe von 1.2 m ab massgebendem Terrain überschreitet. Mit dem daraufhin erfolgten Erlass der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung vom 17. November 2023 ist sie ihren baupolizeilichen Pflichten grundsätzlich nachgekommen und es kann ihr im vorliegenden Fall keine Untätigkeit vorgeworfen werden. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdegegnerschaft besteht somit kein Raum für die Anwendung von Art. 48 BauG und Art. 48 BewD.

b) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Anzeiger und direkte Nachbarn durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

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

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

c) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gilt somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁵

Sowohl die Beschwerdegegnerschaft als auch die Gemeinde Thunstetten bringen in ihren Eingaben vor, dass die Beschwerdeführenden mit ihren Rügen den Streitgegenstand unzulässigerweise ausweiten würden. Der von der Vorinstanz beurteilte Streitgegenstand betreffe einzig den auf der Mauer errichtete Teil des Zauns. Auf das Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden, dass alle das Höchstmass von 1.2 m überschreitenden Bauten auf der gesamten Länge entlang der Grenze zwischen den beiden betroffenen Grundstücken zurückzubauen seien, sei daher nicht einzutreten.

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, wird entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerschaft und der Gemeinde Thunstetten der Streitgegenstand im vorliegenden Fall durch die Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden nicht ausgeweitet. Denn einerseits befasste sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung auch explizit mit dem südlichen Abschnitt des Zauns entlang der Parzellengrenze und hielt hierzu in Erwägung 12, Buchstabe c) Folgendes fest: «Soweit der Zaun im natürlichen Boden selbst verankert ist, d.h. nicht auf der Mauer steht, kann dieser belassen werden». Offenbar erschien der Gemeinde Thunstetten «die Zaunhöhe hier bewilligungsfähig bzw. wäre eine allfällige Überschreitung jedenfalls derart geringfügig, dass keine öffentlichen Interessen an einer Entfernung bestehen».⁶ Andererseits befasste sie sich in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung ebenso mit der Höhe der strittigen Mauer und hielt diesbezüglich in Erwägung 12, Buchstabe d) fest, dass auch darüber zu urteilen sei. Gemäss den weiteren Ausführungen in der angefochtenen Verfügung hierzu würde jedoch die gänzliche Entfernung der Mauer «in Bezug auf die Hangsicherung und damit ganz direkt auch für die anzeigenden Grundeigentümer von Parzelle Nr. J. _____ selbst ein mögliches Risiko darstellen»⁷ und ein teilweises Schleifen von Mauerteilen würde «erstens zu gestalterisch nicht nachvollziehbaren Lösungen führen und könnte zweitens auch die Festigkeit des unstrittig bewilligungsfreien Mauerteils in Mitleidenschaft ziehen».⁸ Dass die fragliche Mauer stets Gegenstand des Verfahrens war, ergibt sich ferner aus der von der Gemeinde Thunstetten bei der Feststellung des widerrechtlichen Zustands vom 28. August 2023⁹ gewählten Formulierung, wonach «die Mauer mit Zaun nicht ohne Bewilligung hätte erstellt werden dürfen» und zumal diese Einfriedung das zulässige Mass von 1.2 m ab massgebendem Terrain überschreite, die Beschwerdegegnerschaft die «Mauer und den Zaun» zu entfernen hätten. Schliesslich äusserte sich die Vorinstanz in der Wiederherstellungsverfügung auch zum von den Beschwerdeführenden als zu hoch befundenen Teil der Terrasse und hielt diesbezüglich im Anschluss an die obigen Ausführungen Folgendes fest: «Dasselbe gilt für den südlichen Beginn des Terrassenplattenbodens, der nach Auffassung der Einsprechenden gerade noch über das massgebende Terrain reicht. Ein Rückbau dieser umfangmässig geringfügigen Teile ist damit durch keinerlei öffentliche Interessen gedeckt und wäre unverhältnismässig».¹⁰ Abschliessend fasste die Vorinstanz wie folgt zusammen: «Bei dieser Ausgangslage bleibt ein insgesamt betrachtet kleiner Teil der Mauer bestehen, auch wenn er sich gemäss Darstellung der Anzeigenden um mehr als 1,2 m über dem massgebenden Terrain befin-

⁵ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 bis 14.

⁶ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. c).

⁷ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. d).

⁸ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. e).

⁹ Vorakten, pag. 113.

¹⁰ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. e).

det, ebenso der südliche Beginn des Terrassenplattenbodens. Auf eine Wiederherstellung wird diesbezüglich verzichtet und ist die Anzeige abzuweisen».¹¹

Die Gemeinde Thunstetten leitete die Erwägungen der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung zwar damit ein, dass im vorliegenden Fall Streitgegenstand sei, «ob die Mauer bzw. der darüberliegende Zaun auf Parzelle Nr. K. _____ an der Grenze zu Parzelle Nr. J. _____ baubewilligungspflichtig ist und – falls ja – ob und inwieweit eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu erfolgen hat».¹² Wie soeben aufgezeigt, hat sie in den darauffolgenden Erwägungen jedoch zu allen von den Beschwerdeführenden nun in ihrer Beschwerde bemängelten Bauten entlang der betreffenden Parzellengrenze eine materielle Beurteilung vorgenommen und diese somit zum Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gemacht. Dass im entsprechenden Dispositiv sodann nur der Rückbau des Zaunabschnitts auf der Mauer verfügt wird, ist die logische Folge ihrer Beurteilung und ändert nichts daran, dass die Rügen der Beschwerdeführenden betreffend die Terrasse, die Mauer und den restlichen Zaunabschnitt auch vom Streitgegenstand erfasst sind. Auf die Beschwerde ist folglich vollumfänglich einzutreten.

2. Zulässige Höhe der Bauten an der Parzellengrenze

a) Die Beschwerdeführenden monieren zusammengefasst, dass die auf dem Grundstück der Beschwerdegegnerin an der gemeinsamen Parzellengrenze errichteten Bauten an verschiedenen Stellen die maximal zulässige Höhe von 1.2 m ab dem massgebenden Terrain überschreiten würden und daher zurückzubauen seien. Es sei anzunehmen, dass das massgebende Terrain im nördlichen Bereich der betreffenden Parzellengrenze am Fusse der ehemaligen Natursteinmauer zu liegen komme und die zulässige Höhe der Bauten sei ab diesem, mittels Geometerdaten in den von ihnen zur Verfügung gestellten Plänen¹³ eindeutig festgehaltenen Terrain zu messen. Bezugnehmend auf die vorliegende Fotodokumentation mit den darin angegebenen Höhenaufnahmen entlang der betroffenen Parzellengrenze vom Juli 2023¹⁴ bringen sie sinngemäss vor, dass sich einfach berechnen und feststellen lasse, dass nicht nur der Zaun, sondern auch die Mauer und ein Teil der Terrasse höher als die maximal zulässigen 1.2 m über dem massgebenden Terrain gebaut worden seien.

Die Gemeinde Thunstetten erachtete in der nun angefochtenen Verfügung die Mauer mit dem sich darauf befindenden Zaun als baubewilligungspflichtig, da beides zusammengerechnet gemäss der erwähnten Fotodokumentation bereits das fertige Terrain um mehr als 1.2 m überschreite. Soweit das fertige Terrain tiefer liege als das frühere Terrain, sei dieses abgegrabene Terrain massgebend, womit die bewilligungsfreie Höhengrenze von 1.2 m überschritten sei. Wenn hingegen das frühere Terrain auf der Parzelle der Beschwerdegegnerin tiefer als das jetzige Terrain gelegen habe, sei die bewilligungsfreie Höhe sowieso überschritten. Überlegungen zum früheren Terrain würden sich daher erübrigen.¹⁵ Wo genau nun das massgebende Terrain liege, sei zwar umstritten, es sei aber aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht gänzlich ausgeschlossen, dass das heute bestehende Terrain auf der Parzelle der Beschwerdegegnerin auch das massgebende sein könnte.¹⁶ Die vorgenommenen Anpassungen an der Terrasse erklärte die Gemeinde Thunstetten hingegen als baubewilligungsfrei und sie verzichtete diesbezüglich auf eine Wiederherstellungsanordnung.¹⁷ Betreffend die Mauer mit dem Zaun stellte sie sodann fest, dass diese Baute

¹¹ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. f).

¹² Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 2.

¹³ Vgl. Vorakten, pag. 97 f.

¹⁴ Vorakten, pag. 89 ff.

¹⁵ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 5.

¹⁶ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. a).

¹⁷ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 6 und E. 12, Bst. e).

auch materiell rechtswidrig sei und ordnete schliesslich diesbezüglich die erwähnte Wiederherstellungsmassnahme an.

Die Beschwerdegegnerschaft bringt ihrerseits vor, dass entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführenden keine Geometerdaten über den historischen Zustand des Terrains entlang der betreffenden Grenze vorliegen würden. Insbesondere hätten die in den Plänen der Beschwerdeführenden erwähnten Masse keine Aussagekraft betreffend den gewachsenen tatsächlichen Verlauf des Geländes. Schliesslich bestreitet sie, dass der Zaun im südlichen Bereich zu hoch sei.

b) Nach Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD bedürfen bis zu 1.2 m hohe Einfriedungen, Stützmauern, Schrägrampen und Terrainveränderungen zur Umgebungsgestaltung bis zu 100 Kubikmeter Inhalt grundsätzlich keiner Baubewilligung. Die Maximalhöhe von 1.2 m gilt dabei auch für Terrainveränderungen.¹⁸ Werden Mauern und Einfriedungen kombiniert, ist die Höhe zusammenzuzählen, wenn die übereinanderliegenden Anlagen einen funktionellen Zusammenhang haben. Das trifft beispielsweise dann zu, wenn verschiedene, gestaffelte Mauern einem Sitzplatz oder einer Gebäudeterrassierung dienen.¹⁹

Die zulässigen Masse und den einzuhaltenden Grenzabstand von bewilligungspflichtigen Stützmauern und Terrainveränderungen regelt das Gemeindebaureglement der Einwohnergemeinde Thunstetten vom 13. Juni 2022 nicht explizit. Für Einfriedungen und Stützmauern gelten, wenn die Gemeinden darüber nicht selber Vorschriften erlassen haben, laut Art. 3 NBRD²⁰ die zivilrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB²¹ auch als öffentlich-rechtliche Vorschriften.²² Demnach dürfen Einfriedungen wie Mauern und Zäune sowie Stützmauern, wenn sie an die Grenze gestellt werden, den gewachsenen Boden des höher gelegenen Grundstücks um höchstens 1.2 m überragen und müssen ansonsten um das Mass der Mehrhöhe von der Parzellengrenze zurückversetzt werden (Art. 79h und Art. 79k EG ZGB).

Sowohl mit Blick auf die Baubewilligungspflicht als auch mit Blick auf eine allfällige Bewilligungsfähigkeit der vorliegend strittigen Bauten ist die Bestimmung der maximal zulässigen Höhe folglich stark von der Messweise bzw. vom massgebenden Terrain abhängig. Als massgebendes Terrain gilt gemäss Art. 1 BMBV²³ der natürlich gewachsene Geländeverlauf. Kann dieser infolge früherer Abgrabungen und Aufschüttungen nicht mehr festgestellt werden, ist vom natürlichen Geländeverlauf der Umgebung auszugehen. Wird das Terrain im Hinblick auf ein Bauvorhaben abgegraben, so ist dieses abgegrabene Terrain massgebend. Das massgebende Terrain im Sinne von Art. 1 BMBV entspricht grundsätzlich dem gewachsenen Boden im Sinne von aArt. 97 Abs. 1 BauV^{24, 25}. Mit der Regelung, dass als massgebendes Terrain der natürlich gewachsene Geländeverlauf gilt, wird bezweckt, dass auf den seit langem bestehenden, weitgehend durch natürliche Prozesse entstandenen Geländeverlauf abgestellt wird und nicht auf einen Geländeverlauf, der auf menschliche Eingriffe zurückgeht. Es soll sich niemand durch künstliche Eingriffe ins Gelände Vorteile beim Bauen verschaffen können. Wo der natürlich gewachsene Geländeverlauf unklar

¹⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 1b N. 8 Bst. i mit Hinweisen.

¹⁹ Bernische Systematische Information Gemeinden (BSIG), Weisung Nr. 7/725.1/1.1, «Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Art. 1b BauG» vom 25. April 2019, S. 8.

²⁰ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13).

²¹ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1).

²² BSIG-Weisung Nr. 7/721.0/10.1, «Baubewilligungsverfahren; Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben» vom 14. April 2010, Ziff. 4.2.1.

²³ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3).

²⁴ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

²⁵ VGE 2014/105 vom 8. Januar 2015 E. 3.3; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 12 N. 14 mit Hinweisen; vgl. dazu auch IVHB-Erläuterungen, Ziff. 1, S. 2 (einsehbar unter <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivhb>).

oder umstritten ist, muss die zuständige Behörde dessen Verlauf im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens hoheitlich festlegen. Dabei ist auf den natürlichen Geländeverlauf in der Umgebung abzustellen, also so weit wie möglich von der Umgebung oder von älteren Terrainaufnahmen auf den ursprünglichen Geländeverlauf auf dem Baugrundstück zu schliessen.²⁶ Das massgebende Terrain wird somit grundsätzlich auf dem Baugrundstück selber ermittelt. Ist es unbebaut und bestehen keine Anzeichen für eine Abgrabung oder Aufschüttung, so gilt das vor Baubeginn bestehende Terrain als massgebendes Terrain.²⁷ Falls das Baugrundstück überbaut ist, müssen die damit verbundenen Veränderungen weggedacht und der natürlich gewachsene Geländeverlauf ermittelt werden. In der Regel ergeben sich aus den seinerzeit bewilligten Projektplänen oder aus früheren Geländeaufnahmen Hinweise auf den natürlich gewachsenen Geländeverlauf.²⁸ Kann der natürlich gewachsene Geländeverlauf auf dem Baugrundstück selbst wegen früheren Abgrabungen und Aufschüttungen nicht mehr ermittelt werden, ist vom natürlichen Geländeverlauf in der Umgebung auszugehen. Sind die angrenzenden Grundstücke ebenfalls überbaut bzw. sichtlich verändert worden, sind die gleichen Abklärungen wie auf dem Baugrundstück vorzunehmen.²⁹

Zusammengefasst muss zur Feststellung der effektiven Höhe von erstellten Einfriedungen und vorgenommenen Terrainveränderungen folglich zunächst das massgebende Terrain, von dem aus die Erhöhung gemessen wird, klar bestimmt sein.

c) Im vorliegenden Fall sind die beiden betroffenen Grundstücke bereits überbaut. Zur strittigen Umgestaltung der Gartenanlage und der neuen Grundstückseinfriedung auf der Parzelle der Beschwerdegegnerin finden sich in den Akten keine Pläne. Was die effektiven Höhen der neu errichteten Einfriedung entlang der betreffenden Parzellengrenze angeht, lassen sich einzig aus der Fotodokumentation «Höhenaufnahmen» vom Juli 2023³⁰ gewisse Rückschlüsse ziehen. Betreffend die Bestimmung des massgebenden Terrains hingegen, kann gestützt auf die Akten kaum eine abschliessende Einschätzung vorgenommen werden. Einerseits ist nicht geklärt, inwiefern das bestehende Terrain entlang der gemeinsamen Parzellengrenze durch vergangene Bauvorhaben auf den beiden Grundstücken allenfalls schon verändert wurde. Andererseits ist nicht ersichtlich, ob beim nun strittigen Bauvorhaben der Beschwerdegegnerschaft das bestehende Terrain unverändert geblieben ist oder ob – und in welchem Umfang – insbesondere für die neue Ausgestaltung der Terrasse eine Aufschüttung vorgenommen wurde. Schliesslich geht denn auch aus der angefochtenen Verfügung nicht hervor, wo genau das massgebliche Terrain liegt. Ob, wie von der Gemeinde Thunstetten aufgeworfen, das heutige Terrain auf der Parzelle der Beschwerdegegnerin das massgebende sein könnte, ist fraglich, da das Grundstück bereits überbaut wurde. Die Einschätzung der Beschwerdeführenden, wonach das massgebende Terrain im nördlichen Bereich der betreffenden Parzellengrenze am Fusse der ehemaligen Natursteinmauer zu liegen kommen könnte, erscheint hingegen nicht vollkommen von der Hand zu weisen.

Nach dem Gesagten ist das vorliegend für die exakte Messung der Höhe der strittigen Bauten zwingend zu bestimmende, massgebende Terrain gestützt auf die Akten nicht ersichtlich und auch nicht ohne weiteres bestimmbar. Folglich kann nicht nachvollzogen werden, ob und wenn ja, wo überall die Mauer, der Zaun und die Terrasse bzw. die entsprechende Terrainveränderung die Höhe von 1.2 m überschreiten. Somit kann vorliegend auch nicht ausgeschlossen werden, dass hinsichtlich der Terrasse von einer weitergehenden Baubewilligungspflicht und damit formellen

²⁶ Vgl. IVHB-Erläuterungen, Ziff. 4, S. 2.

²⁷ Michael Fretz, Das massgebende Terrain im Fokus, IVHB Forum vom 15. November 2016, S. 7; Peter Heer/Christian Munz, IVHB – ein Werkstattbericht aus dem Kanton Aargau, in: Anwalts Revue 2013 S. 440 ff., S. 442.

²⁸ Michael Fretz, Das massgebende Terrain im Fokus, IVHB Forum vom 15. November 2016, S. 8 f.

²⁹ Peter Heer/Christian Munz, IVHB – ein Werkstattbericht aus dem Kanton Aargau, in: Anwalts Revue 2013 S. 440 ff., S. 442.

³⁰ Vorakten, pag. 89 ff.

Rechtswidrigkeit und hinsichtlich aller entlang der betreffenden Parzellengrenze errichteten Bauten von einer weitergehenden Wiederherstellungspflicht auszugehen wäre. Nach dem Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 18 VRPG³¹ hat aber die Baupolizeibehörde in einem baupolizeilichen Verfahren grundsätzlich die Widerrechtlichkeit einer Baute nachzuweisen sowie den rechtmässigen Zustand, den es wiederherzustellen gilt, zu bestimmen.

d) Die Gemeinde Thunstetten erwähnte in der angefochtenen Verfügung, dass umstritten sei, wo genau im vorliegenden Fall das massgebende Terrain liege. Obwohl sie keine exakte Bestimmung dieses massgebenden Terrains vorgenommen hat, äusserte sie sich jedoch detailliert zum Umfang der Wiederherstellungspflicht.³² In ihrer Stellungnahme vom 8. März 2024 führt sie diesbezüglich weiter aus, dass die in Frage stehenden Abweichungen in Bezug darauf, wo genau das massgebende Terrain verlaufe, nicht derart gelagert seien, dass dessen Kenntnis zur Festlegung der Wiederherstellungspflicht zwingend erforderlich wären.³³

Betreffend den im südlichen Bereich der Parzellengrenze und nicht auf der neu errichteten Mauer stehenden Teil des Zauns begründete die Gemeinde Thunstetten den Verzicht auf eine Wiederherstellung wie folgt: Eine allfällige Überschreitung der Zaunhöhe sei derart geringfügig, dass keine öffentlichen Interessen an einer Entfernung bestehen würden.³⁴ Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist jedoch im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der consequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist. Ein öffentliches Interesse kann sich schon aus der Gefahr ergeben, dass sich Gleiches wiederholen könnte. Kein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung würde beispielsweise dann vorliegen, wenn das angestrebte Ziel damit gar nicht zu erreichen wäre.³⁵ Betreffend die angebliche Geringfügigkeit der Überschreitung der Zaunhöhe ist anzufügen, dass dies nur bei geringem konkretem öffentlichem Interesse und bloss leichter Bösgläubigkeit ein Grund sein kann, auf die Wiederherstellung zu verzichten. Die geringe Grösse einer Baute ist dagegen kein Grund, auf eine Wiederherstellung zu verzichten, da sonst ein falsches Signal gesetzt würde, dass Kleinbauten folgenlos ohne Baubewilligung erstellt werden könnten.³⁶ Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt. Allgemein wird vorausgesetzt, dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist; wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden beispielsweise nach der Bewilligungspflicht und -fähigkeit erkundigen.³⁷ Die Beschwerdeführenden haben die strittige Einfriedung erstellt, ohne sich vorab ins Bild zu setzen, wie hoch diese überhaupt ausfallen darf, geschweige denn, ob es für deren Bau einer Baubewilligung bedarf. Vorliegend ist kaum von Gutgläubigkeit oder nur leichter Bösgläubigkeit auszugehen, was im Übrigen auch nicht geltend gemacht wird. Ein Verzicht auf die Wiederherstellung betreffend den südlichen Teil des Zauns kann folglich nicht mit der angeblichen Geringfügigkeit der Höhenüberschreitung begründet werden. Des Weiteren lässt sich anhand der in der Fotodokumentation «Höhenaufnahmen» vom Juli 2023³⁸ vermerkten Masse berechnen, dass beispielsweise der erste Pfosten beim südlichsten Zaunelement ab fertigem Terrain bereits eine effektive Höhe von 1.75 m aufweist. Ausserdem bestehen vorliegend – auch betreffend diesen südlichen Zaunabschnitt entlang der Parzellengrenze – insbesondere private (nachbarliche) Interessen an der Wiederherstel-

³¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

³² Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12.

³³ Stellungnahme der Gemeinde Thunstetten vom 8. März 2024, Ziff. 3.3., S. 7.

³⁴ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. c).

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a mit Hinweisen.

³⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. c mit Hinweisen.

³⁷ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a mit Hinweisen.

³⁸ Vorakten, pag. 89 ff.

lung des rechtmässigen Zustands, was die Anträge der Beschwerdeführenden in ihrer Beschwerde unmissverständlich aufzeigen.

Die soeben erfolgten Ausführungen gelten auch hinsichtlich der Argumentation der Gemeinde Thunstetten, wonach ein teilweiser Rückbau der ihrer Einschätzung nach «umfangmässig geringfügigen Teile» der strittigen Mauer und der Terrasse im nördlichen Bereich der betreffenden Parzellengrenze «durch keinerlei öffentliche Interessen gedeckt» und somit «unverhältnismässig» sei.³⁹ Hinsichtlich der Mauer konkretisierte die Vorinstanz den Verzicht auf die Wiederherstellung sodann wie folgt: Ein teilweises Schleifen von Mauerteilen würde «erstens zu gestalterisch nicht nachvollziehbaren Lösungen führen und könnte zweitens auch die Festigkeit des unstrittig bewilligungsfreien Mauerteils in Mitleidenschaft ziehen».⁴⁰ Die Ausführungen, dass ein teilweiser Rückbau der Mauer zu unüblichen gestalterischen Ergebnissen und damit in Bezug auf die Einordnung und das Ortsbild zu einer Verschlechterung führen würde, überzeugen nicht: Falls dies erwünscht wäre, könnte einerseits grundsätzlich auch mit einer zurückgebauten bzw. weniger hohen Mauer eine mehrfache Abstufung – so wie es dies das derzeit bestehende Mauerwerk aufweist – erreicht werden. Andererseits könnte auch eine weniger hohe Mauer ebenso gut stufenlos errichtet werden, so wie es dies vor den getätigten Umbauarbeiten entlang der betreffenden Parzellengrenze noch der Fall war.⁴¹ Vor diesem Hintergrund kann auch das Argument der Gemeinde Thunstetten, wonach bei einem teilweisen Rückbau die Festigkeit des unteren Mauerteils in Mitleidenschaft gezogen werden könnte, nicht greifen. Inwiefern bei der Verkleinerung einer Mauer deren Stabilität leiden soll, ist nicht ersichtlich. Abschliessend bleibt anzumerken, dass die von der Vorinstanz erwähnte «Hangsicherung»⁴² offenbar auch mit der zuvor bestehenden, weniger hohen Mauer erreicht war.

e) Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Gemeinde Thunstetten betreffend den Umfang der Wiederherstellungspflicht in ihrer Verfügung vom 17. November 2023 nicht nur vor dem Hintergrund des unklaren massgebenden Terrains, sondern auch im materiellen Sinne nicht überzeugen. Soweit die Mauer, der Zaun und die Terrasse die bewilligungsfrei zulässige Höhe überschreiten, ist eine weitergehende Wiederherstellung anzuordnen. Der Sachverhalt ist aber bezüglich der Höhe der errichteten Bauten entlang der betreffenden Parzellengrenze unklar und hinsichtlich der Bestimmung des massgebenden Terrains zu wenig abgeklärt.

3. Rückweisung

a) Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Regel in der Sache. Sie weist die Akten nur ausnahmsweise und mit verbindlichen Anordnungen an die Vorinstanz zurück (vgl. Art. 72 Abs. 1 VRPG). Es müssen besondere Gründe, die prozessökonomische Gesichtspunkte in den Hintergrund treten lassen, dafür sprechen, dass die Vorinstanz noch einmal zum Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis aufgerufen wird. Mangelnde Entscheidreife der Angelegenheit kann einen solchen Grund darstellen, sofern die Beschwerdebehörde selber umfassende Beweismassnahmen durchführen müsste.⁴³

b) Aus den vorangehenden Ausführungen geht hervor, dass weitere Abklärungen in Bezug auf die Höhe der neuen Bauten, d.h. der Terrasse, der Mauer und des Metallzauns, über seine gesamte Länge entlang der betreffenden Parzellengrenze, notwendig sind. Dabei ist in Übereinstim-

³⁹ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. e).

⁴⁰ Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. e).

⁴¹ Vgl. Fotodokumentation «Altes Mauerwerk» in den Vorakten, pag. 124.

⁴² Vgl. Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023, E. 12, Bst. d).

⁴³ Zum Ganzen: Ruth Herzog, a.a.O., Art. 72, N. 2 f.

mung mit den Vorbringen der Beschwerdeführenden⁴⁴ und der Beschwerdegegnerschaft⁴⁵ – und im weiteren Sinne auch mit denjenigen der Gemeinde Thunstetten⁴⁶ – allem voran das für die Bestimmung der Höhe dieser Bauten massgebende Terrain entlang der betreffenden Parzellengrenze festzustellen. Dies hat entweder gestützt auf allenfalls bereits vorhandene Geometerdaten oder dann mittels exakter Vermessung des Terrainverlaufs zu erfolgen. Soweit der Verlauf des massgebenden Terrains nicht mit Vermessung festgestellt werden kann, muss dieser interpoliert werden. Die Feststellungen und dazu notwendigen Abklärungen sind zudem nachvollziehbar zu protokollieren. Sodann sind daraus die erforderlichen Schlüsse betreffend die Baubewilligungspflicht und – unter Berücksichtigung des fehlenden Näherbaurechts zur Unterschreitung des Grenzabstands – den Umfang der allfälligen Wiederherstellung aller erwähnten Bauten zu ziehen. Den betroffenen Verfahrensbeteiligten ist ferner erneut das rechtliche Gehör zu gewähren.

Die Angelegenheit ist folglich nicht entscheidreif. Es ist nicht Aufgabe der BVD, die genannten Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen und das baupolizeiliche Verfahren zu führen. Vielmehr hat die Gemeinde Thunstetten dieses gemäss Art. 46 BauG fortzusetzen. Die angefochtene Wiederherstellungsverfügung vom 17. November 2023 ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und das Verfahren wird zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Bei diesem Ausgang erübrigt sich auch der von der Beschwerdegegnerschaft beantragte Augenschein. Diese Beweismassnahme wird demnach abgewiesen.

4. Kosten

a) Mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung wird auch die Kostenregelung in Ziffer 7 des Dispositivs aufgehoben. Aufgrund der Rückweisung wird die Gemeinde ihre Kosten in diesem Verfahren neu verlegen können. Daher müssen die vorinstanzlichen Kosten in diesem Beschwerdeentscheid nicht verlegt werden.

b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von CHF 200.– bis CHF 4000.– erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV⁴⁷). In Anwendung dieser Bestimmungen wird die Pauschalgebühr für dieses Beschwerdeverfahren auf CHF 2000.– festgesetzt. Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten es, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringen die Beschwerdeführenden mit ihrem Rechtsmittel grundsätzlich nur teilweise durch, da das Verfahren mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung nicht abgeschlossen wird. Nach Praxis des Verwaltungsgerichts ist im Kostenpunkt aber von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen Hauptantrags (vgl. Rechtsbegehren 1 der Beschwerdeführenden) ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neuurteilung noch zu einer vollständigen Gutheissung des Begehrens führen kann.⁴⁸ Dementsprechend sind die Beschwerdeführenden als vollständig obsiegend und die Beschwerdegegnerschaft, welche an der Verfügung der Gemeinde Thunstetten festhielt und das Nichteintreten bzw. die Abweisung der Beschwerde beantragte, als

⁴⁴ Siehe Beschwerde der Beschwerdeführenden vom 16. Dezember 2023, Antrag 2.

⁴⁵ Siehe Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerschaft vom 25. Januar 2024, Ziff. 1., S. 4.

⁴⁶ Vgl. Stellungnahme der Gemeinde Thunstetten vom 8. März 2024, Ziff. 3.4, S. 8.

⁴⁷ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

⁴⁸ BVR 2016 S. 222 E. 4.1; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108, N. 6 mit Hinweisen.

vollständig unterliegend zu betrachten. Die Verfahrenskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens trägt daher die Beschwerdegegnerschaft.

c) Gemäss Art. 108 Abs. 3 VRPG hat die unterliegende Partei der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint. Gemeinden haben im Beschwerdeverfahren Anspruch auf Parteikostenersatz, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 104 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRPG).

Die Gemeinde Thunstetten ist anwaltlich vertreten, hat ihre Rechtsbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolge gestellt und damit ausdrücklich Parteikostenersatz beantragt. Obwohl im vorliegenden Fall die wesentlichen Sachverhaltselemente noch nicht vollständig abgeklärt sind, von der Gemeindeverwaltung aber schon diverse Schriftenwechsel durchgeführt und Eingaben verarbeitet werden mussten, sind die tatsächlichen Verhältnisse hier nicht besonders komplex. Gleiches gilt betreffend die rechtlichen Fragen, die sich bisher stellten. Alleine ein angeblich überdurchschnittlicher Verwaltungsaufwand rechtfertigt den vorgenommenen anwaltlichen Beizug kaum. Die Baupolizei ist schliesslich Sache der zuständigen Gemeindebehörde (vgl. Art. 45 ff. BauG). Zu den Kernaufgaben einer Baupolizeibehörde gehört das Führen der baupolizeilichen Verfahren und das Teilnehmen an allfälligen Beschwerdeverfahren in diesem Zusammenhang. Insgesamt rechtfertigen es die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse daher nicht, der Gemeinde Thunstetten Parteikostenersatz zuzusprechen.

Die Beschwerdeführenden sind hingegen nicht anwaltlich vertreten, womit keine Parteikosten im Sinne des Gesetzes entstanden sind (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Folglich sind im vorliegenden Fall keine Parteikosten zu sprechen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Thunstetten vom 17. November 2023 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen
2. Die Verfahrenskosten von CHF 2000.– werden der Beschwerdegegnerschaft zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdegegnerin und der Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag. Das Inkasso erfolgt mit separater Zahlungseinladung.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn D. _____ und Frau C. _____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt G. _____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt I. _____, 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.