

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 199 vom 13. August 2018

BE Verwaltungsgericht, 2018-08-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2017_199

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 199 du 13 août 2018

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2017 199 del 13 agosto 2018

Erwägungen

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist folglich unter Vorbehalt von E. 1.2 hiernach einzutreten.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 4

E. 1.2

Anfechtungsobjekt im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist der Entscheid der BVE vom 12. Juni 2017; dieser ist an die Stelle der Verfügung der Gemeinde vom 29. November 2016 getreten (sog. Devolutiveffekt der Beschwerde; BVR 2013 S. 120 E. 5, 2010 S. 411 E. 1.4; BGE 136 II 539 E. 1.2, 134 II 142 E. 1.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 60 N. 7 f. und Art. 72 N. 13). Soweit die Beschwerdeführenden auch die Aufhebung der Verfügung der Gemeinde beantragen, ist daher auf das Rechtsmittel nicht einzutreten.

E. 1.3

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

E. 2

Vorab ist zu beurteilen, ob die ohne Baubewilligung errichtete Mauer nachträglich bewilligt werden kann.

E. 2.1

Bei der umstrittenen Baute handelt es sich um eine rund 1,8 m hohe, 2,4 m lange und 20 cm tiefe Trockensteinmauer. Diese befindet sich an der Oberkante der Uferböschung in einem Abstand von 85 cm bis 1,9 m zum schräg dazu verlaufenden ...bächlein (gemessen ab der Aussenkante der Betonhalbschale). Sie schliesst nahtlos an die nordöstliche Fassade des Mehrfamilienhauses an und grenzt den ebenerdigen Terrassensitzplatz gegen die Uferböschung und das ...bächlein hin ab, um diesen vor Wind und unerwünschten Einblicken zu schützen. Zur Stützung der Mauer haben die Beschwerdeführenden nach

eigenen Angaben in der Uferböschung ein rund ein Meter tiefes Betonfundament erstellt, welches seinerseits mit einer Eisenarmierung im Boden verankert ist (Baugesuchspläne mit Fotografien, Vorakten Gemeinde pag. 8 ff.; Protokoll des vor-instanzlichen Augenscheins [nachfolgend: Protokoll Augenschein BVE], S. 5, Vorakten BVE pag. 31 ff.; Fotografien des vorinstanzlichen Augenscheins [nachfolgend: Fotografien Augenschein BVE], Nrn. 1-5, 11, Vorakten BVE pag. 42 ff.; Bericht der C._____ AG [nachfolgend: Bericht C._____], S. 1 ff., Vorakten BVE pag. 59 ff).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 5

E. 2.2

Nach den Feststellungen der Vorinstanz befindet sich die Trocken- steinmauer innerhalb des übergangsrechtlich bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums freizuhaltenden Uferbereichs von beidseitig je 8 m Breite (Art. 36a des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20], Art. 41a ff. der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 [GSchV; SR 814.201]). Sie bedürfe daher sowohl einer Ausnahmegewilligung für Bauten und Anlagen im Gewässerraum als auch einer Wasserbaupolizei- bewilligung nach Art. 48 des (kantonalen) Gesetzes vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11). Ausserdem stehe die Mauer innerhalb des kommunalen Baubabstands von 10 m zu Fliessgewässern nach Art. 43 Abs. 1 des Bau- reglements der EG Thun vom 2. Juni 2002 (GBR; SSG 72.01; einsehbar unter: <www.thun.ch>, Rubriken «Themen von A bis Z/Baureglement») und bedürfe auch insoweit einer Ausnahmegewilligung. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass für die Trockensteinmauer keine Wasserbaupolizeibe- willigung erteilt werden könne, weshalb die EG Thun das Baugesuch schon aus diesem Grund zu Recht abschlägig beurteilt habe.

E. 3

Die Beschwerdeführenden bestreiten zunächst, dass für die Errichtung der Trockensteinmauer eine Wasserbaupolizeibewilligung erforderlich ist.

E. 3.1

Das kantonale Wasserbaugesetz ist gemäss Art. 3 Abs. 1 WBG auf alle stehenden und fliessenden Oberflächengewässer mit Einschluss der in den Boden verlegten Abschnitte anwendbar; ausgenommen sind nach Art. 3 Abs. 2 WBG einzig Wasserläufe, die kein Bett gebildet haben (BVR 2016 S. 281 E. 3.1 und 3.4). Nicht erforderlich für die Anwendbarkeit des Wasserbaugesetzes ist, dass das Bett eines Gewässers ständig Was- ser führt oder dass es auf natürliche Weise entstanden ist (BVR 2016 S. 281 E. 3.2 f., 1996 S. 543 E. 7d; Kunz/Walther, Erläuterungen zum Wasserbaugesetz, 1989, Art. 3 N. 2b; zum bundesrechtlichen Begriff des «Gewässerbetts» vgl. auch Daniela Thurnherr, in Hettich/Jansen/Norer [Hrsg.], Kommentar zum GSchG/WBG, 2016, Art. 4 GSchG N. 5).
Den

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 6 Ausschlag gibt, ob das Gewässer aus Sicht des Wasserbaus von Bedeu- tung ist, d.h. ob aufgrund der Zwecke des WBG ein Interesse an öffentli- cher Aufsicht besteht (Kunz/Walther, a.a.O., Art. 3 N. 1). Das ...bächlein hat ein Gewässerbett gebildet; dass es über das streitbetreffene Grundstück in einer Betonhalbschale verläuft, ändert daran nichts

(vgl. BVR 2016 S. 281 E. 3.1). Auch besteht offensichtlich ein öffentliches Interesse an einem geregelten Wasserabfluss, der – wie das Vorhandensein der Betonhalbschale deutlich macht – nötigenfalls mit wasserbaulichen Massnahmen sicherzustellen ist. Damit steht fest, dass das WBG auf das ...bächlein anwendbar ist.

E. 3.2

Gemäss Art. 48 Abs. 1 WBG bedürfen Bauten und Anlagen im oder am Gewässer, über oder unter dem Gewässer und im Gewässerraum sowie andere Vorkehren im Gewässerbereich, die auf die Wasserführung, den Abfluss, die Sicherheit und Gestaltung des Gewässerbetts und Ufers, die natürliche Funktionsfähigkeit oder den Zugang zum Gewässer Einfluss haben, einer Wasserbaupolizeibewilligung. Die Bewilligungspflicht soll verhindern, dass in der Nähe eines Gewässers Bauten oder Anlagen erstellt oder andere Vorkehren getroffen werden, die das Gewässer, den Gewässerunterhalt oder den Wasserbau beeinträchtigen könnten, ohne dass die Aufsichtsbehörde davon Kenntnis erhält und ausdrücklich zustimmt. Für bauliche Massnahmen in Gewässernähe ist eine Wasserbaupolizeibewilligung nur dann nicht erforderlich, wenn – wie zum Beispiel bei Änderungen im Innern bereits bewilligter Bauten oder Anlagen – zum vornherein feststeht, dass das Bauvorhaben die Interessen des Wasserbaus nicht beeinträchtigt (Kunz/Walther, Erläuterungen zum Wasserbaugesetz, 1989, Art. 48 N. 1b).

E. 3.3

Die Trockensteinmauer ist weniger als 2 m vom ...bächlein entfernt und besteht aus massiven, übereinander geschichteten Steinquadern, die fest im Boden verankert sind (vorne E. 2.1). Bei dieser Ausgangslage kann nicht zum vornherein ausgeschlossen werden, dass die Mauer den Gewässerunterhalt und den Wasserbau beim ...bächlein künftig beeinträchtigen wird. Selbst der von den Beschwerdeführenden im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Bericht C._____ hält mit Blick auf künftige wasserbauliche Arbeiten beim ...bächlein fest, dass «[i]m Falle

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 7 eines erweiterten Aushubbedarfs [...] die Sicht-/Windschutzwand in einer Tagesarbeit sowohl abgebaut und später wieder aufgebaut werden oder mit einer Verspriesung auf die Sitzplatzseite gesichert werden» müsste (Bericht C._____ S. 4). Die Trockensteinmauer bedarf folglich einer Wasserbaupolizeibewilligung.

E. 3.4

Was die Beschwerdeführenden im Einzelnen dagegen vorbringen, verfängt nicht. Da sich diese Bewilligungspflicht nicht auf das GSchG, sondern auf das kantonale Wasserbaugesetz stützt, ist der Einwand, das GSchG sei nicht anwendbar, ohne Belang. Anders als die Beschwerdeführenden meinen, spielt auch keine Rolle, ob es sich beim ...bächlein um ein «äusserst geringes Rinnsal» handelt, das oftmals während längerer Zeit kein Wasser führt und teilweise künstlich angelegt ist. Für die Anwendbarkeit des Wasserbaugesetzes (und das Bestehen der wasserbaupolizeilichen Bewilligungspflicht) genügt es, dass das ...bächlein in einem Gewässerbett verläuft und dass ein öffentliches Interesse am geregelten Wasserabfluss besteht (vorne E. 3.1). Für die wasserbaupolizeiliche Bewilligungspflicht ist auch nicht entscheidend, ob beim ...bächlein zwingend ein Gewässerraum festgelegt werden muss. Denn selbst wenn im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben gemäss Art. 41a Abs. 5 GSchV auf die Ausscheidung eines Gewässerraums letztlich verzichtet werden könnte, bleibt das WBG anwendbar und ist im

Einzelfall zu prüfen, ob für Vorhaben in der Nähe des Gewässers eine Bewilligung nach Art. 48 WBG einzuholen ist. Dementsprechend hält Art. 39 der Wasserbauverordnung vom 15. November 1989 (WBV; BSG 751.111.1) denn auch fest, dass, wo kein Gewässerraum ausgeschieden ist, Gesuche für Bauten und Anlagen innerhalb von 15 Metern ab Mittelwasserlinie bzw. bei eingedolten Gewässern innerhalb von 15 Metern ab Mittelachse dem Tiefbauamt (TBA) vorzulegen sind, welches entscheidet, ob eine Wasserbaupolizeibewilligung nach Art. 48 WBG nötig ist (Vortrag des Regierungsrats an den Grossen Rat zur Änderung des Wasserbaugesetzes, in Tagblatt des Grossen Rates 2014, Beilage 3 [nachfolgend: Vortrag WBG], S. 6; Vortrag der BVE an den Regierungsrat zur Wasserbauverordnung vom 15. Oktober 2014 [nachfolgend: Vortrag WBV], S. 5, einsehbar unter: <www.bve.be.ch>, Rubriken «Die Direktion/Organisation/Rechtsamt/Rechtliche Grundlagen/Vorträge»). Schliesslich ist nicht erkennbar, inwiefern aus dem von den Beschwerde-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 8 führenden eingereichten Geometerplan (Vorakten BVE Beschwerdebeilage 3) hervorgehen soll, dass die umstrittene Trockensteinmauer keiner Wasserbaupolizeibewilligung bedarf, zumal das ...bächlein auf diesem Plan fälschlicherweise als eingedoltes Gewässer verzeichnet ist und das WBG nach dem Gesagten auch auf eingedolte Gewässer anwendbar ist (vorne E. 3.1).

E. 4

Steht fest, dass für die umstrittene Trockensteinmauer eine Wasserbaupolizeibewilligung erforderlich ist, stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz die Verweigerung einer solchen zu Recht bestätigt hat.

E. 4.1

Eine ordentliche Bewilligung nach Art. 48 Abs. 3 WBG setzt voraus, dass das Bauvorhaben das Gewässer, den Gewässerunterhalt und den Wasserbau nicht beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung liegt gemäss Art. 39a WBV insbesondere dann vor, wenn der Zugang zum Gewässer behindert wird (Bst. b) oder infolge des Vorhabens künftig zusätzliche Aufwendungen beim Wasserbau oder Gewässerunterhalt zu erwarten sind (Bst. h).

E. 4.2

Die Vorinstanz bestätigte die Bewilligungsverweigerung im Wesentlichen gestützt auf die Einschätzungen des TBA, der zuständigen Fachbehörde für die Wasserbaupolizei (Art. 47 Abs. 1 WBG). Bereits im Baubewilligungsverfahren vertrat dieses die Ansicht, für die Trockensteinmauer könne keine Wasserbaubewilligung erteilt werden, weil die Mauer den Zugang zum Gewässer einschränke und zusätzliche Aufwendungen beim Wasserbau und Gewässerunterhalt verursache (Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 6. Juni 2016, Vorakten Gemeinde pag. 19 f., Ziff. 3.3). Am vorinstanzlichen Augenschein vom 28. Februar 2017 präziserte und bekräftigte die Vertreterin des TBA diesen Standpunkt. Sie hielt insbesondere fest, dass nicht nur die Betonhalbschale, sondern auch die als Schutzbaute in die Uferböschung eingegrabenen Halbrundprofile (Fotografien Augenschein BVE, Nr. 6) Teil der Bachverbauung seien. Diese Schutzbaute müsse früher oder später erneuert werden, da sie nicht mehr den Anforderungen des heutigen Wasserbaus entspreche. Dabei müsste das Wasser in eine Röhre gefasst und ein Aushub von mindestens einem Meter vorge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 9 nommen werden, wofür ein Bagger mit einem bestimmten Schwenkbereich nötig sei. Eine Sanierung des Bächleins sei aufgrund der Gesamtsituation mit dem Bord und der Schutzbaute ohnehin schon schwierig und werde durch die Mauer noch zusätzlich erschwert; Mauer und Böschung müssten zusätzlich gestützt und stabilisiert werden. Sowohl zur Kontrolle als auch zur Pflege des Gewässers müsse der Zugang zum Bächlein bestehen, auch für Maschinen. Aufgrund der Mauer sei dieser über die Terrasse aber versperrt und könne die Terrasse auch nicht mehr als Deponie für den Aushub oder sonstiges Baumaterial dienen, was die Baustellenlogistik erschwere. Auf der rechten und linken Seite des Gewässers müsse ein Abstand von mindestens 5 m und ein Lichtraumprofil von 4,5 m eingehalten werden, denn allfällige Bauarbeiten benötigten für Ausführende, Maschinen und Material (inklusive Aushub) einen gewissen Platz (Voten Schüpbach, Protokoll Augenschein S. 5 ff.). Gestützt auf diese Ausführungen des TBA bestätigte die Vorinstanz den Bauabschlag, wobei sie zusätzlich darauf hinwies, dass auch das massive Betonfundament der Mauer für den künftigen Wasserbau und Gewässerunterhalt einen Mehraufwand verursachen könne. Entsprechend sah sie keine Veranlassung, von der Beurteilung der Fachbehörde abzuweichen (angefochtener Entscheid E. 3d).

E. 4.3

Vor Verwaltungsgericht bestreiten die Beschwerdeführenden unter anderem, dass die Trockensteinmauer den Zugang zum ...bächlein stärker als bisher beschränke. Bereits das Mehrfamilienhaus erschwere den Zugang zum Gewässer. – Im hier interessierenden Bereich fliesst das ...bächlein durch die Gärten, die hinter den Häusern am ...weg und jenen an der ...strasse liegen. Da sich das Gewässer somit auf der strassenabgewandten Rückseite der Häuser befindet, ist der Zugang nur über die unbebauten Flächen der privaten Grundstücke möglich (vgl. Geoportal des Kantons Bern, Karte «Gewässernetz»; einsehbar unter: «www.geo.apps.be.ch/de»), auf der streitbetroffenen Parzelle namentlich über den schmalen Streifen entlang des Mehrfamilienhauses, wo sich der Sitzplatz der Beschwerdeführenden befindet. Bei diesen örtlichen Gegebenheiten ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass der Zugang zum ...bächlein in diesem Abschnitt allgemein und am strittigen Ort im Besonderen nur eingeschränkt möglich ist. Anders als die Beschwerdeführenden meinen, bedeutet der bereits erschwerte Zugang allerdings nicht, Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 10 dass zusätzliche Beeinträchtigungen zulässig sein müssten. Im Gegenteil sprechen die bereits bestehenden Hindernisse dafür, die noch offenen Zugangsmöglichkeiten zu bewahren, sollte der wasserbauliche Zugang zum Gewässer doch möglichst überall und nicht nur als minimale Schneise offengehalten werden (Vortrag WBV, S. 6). Soweit die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, dass die umstrittene Trockensteinmauer den ursprünglich offenen Zugang zum ...bächlein über die Terrassenfläche verunmöglicht und damit ein Zugangshindernis im Sinn von Art. 39a Bst. b WBV darstellt, ist dies ohne weiteres nachvollziehbar (vgl. auch Fotografien Augenschein BVE Nrn. 1-5 und 11). Ebenso leuchtet ein, dass die weniger als 2 m vom Bächlein entfernte Mauer den Schwenkbereich für Baumaschinen einschränkt, was ebenfalls eine Erschwerung des Zugangs darstellt (angefochtener Entscheid E. 3d). Diese Einschätzung entspricht auch der langjährigen Praxis des BVE, wonach neue Bauten und Anlagen in Gewässernähe mindestens einen Abstand von 3 m oder mehr zum Gewässer einhalten müssen, damit die

Bau- und Unterhaltsarbeiten am Gewässer durchgeführt werden können (damalige Baudirektion des Kantons Bern 16.1.1985, in BVR 1992 S. 109 E. 3a). Die umstrittene Trockensteinmauer unterschreitet diesen Abstand deutlich.

E. 4.4

Weiter wenden die Beschwerdeführenden ein, die Vorinstanz habe in der Trockensteinmauer zu Unrecht ein potentiell Hindernis für den Wasserbau im Sinn von Art. 39a Bst. h WBV erblickt. Gemäss dem Bericht C._____ könnten sämtliche notwendigen Gewässerschutzarbeiten nach wie vor mit branchenüblichen Baumaschinen vor Ort durchgeführt werden. – Mit ihrem Vorbringen übersehen die Beschwerdeführenden, dass gemäss Art. 39a Bst. h WBV nicht entscheidend ist, ob die erforderlichen wasserbaulichen Arbeiten mit der Trockensteinmauer noch möglich sind, sondern ob diese zusätzliche Aufwendungen für den Wasserbau und den Gewässerunterhalt verursacht. Diesbezüglich hat die Vorinstanz überzeugend dargelegt, dass neben der Mauer selbst insbesondere deren massives Betonfundament künftigen wasserbaulichen Arbeiten im Weg steht und einen Mehraufwand nach sich ziehen könne (angefochtener Entscheid E. 3d). Dass derzeit kein konkretes wasserbauliches Vorhaben geplant ist, ist nicht von Belang, leuchtet nach den Ausführungen der Fachbehörde doch ein, dass die Bachverbauung früher oder später saniert werden muss

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 11 (vorne E. 4.2). Denkbar ist zudem auch, dass das Gewässerbett im Rahmen einer Gewässerrevitalisierung umgestaltet wird. Immerhin ist gemäss der strategischen Revitalisierungsplanung des Kantons Bern von einer Revitalisierung des ...bächleins ein «mittlerer Nutzen» zu erwarten (vgl. Geoportal des Kantons Bern, Karte «Gewässerentwicklung»; einsehbar unter: «www.geo.apps.be.ch/de»).

E. 4.5

Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Trockensteinmauer den Zugang zum ...bächlein beeinträchtigt und zusätzliche Aufwendungen für künftige Wasserbauvorhaben verursacht, schlüssig und nachvollziehbar. Die Vorinstanz hat die ordentliche Wasserbaupolizeibewilligung damit zu Recht verweigert. Dass Hochwasserschutz beim ...bächlein «kein Thema» ist, wie die Beschwerdeführenden ausführen, ändert daran nichts. Denn zu den Wasserbaupflichten gehören neben dem aktiven und passiven Hochwasserschutz auch der Gewässerunterhalt sowie die Revitalisierung (Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 9 Abs. 1 WBG; vgl. auch Vortrag WBG, S. 7). Mit den im WBG vorgesehenen Massnahmen sollen nicht nur die Gefahren von Hochwassern abgewehrt, sondern zusätzlich und als gleichwertiges Ziel die Gewässer natürlich erhalten oder naturnah gestaltet werden (Art. 2 WBG; Kunz/Walther, a.a.O., Art. 2 N. 2). Entsprechend ist gemäss Art. 48 Abs. 1 und 3 WBG eine Wasserbaupolizeibewilligung nicht nur zu verweigern für Vorkehren, die den Wasserabfluss, die Wasserführung oder die Sicherheit des Gewässerbetts beeinträchtigen, sondern auch für solche, die die Gestaltung des Gewässerbetts und Ufers, die natürliche Funktionsfähigkeit oder den Zugang zum Gewässer nachteilig beeinflussen (vgl. Vortrag WBG, Erläuterungen zu Art. 48 Abs. 3, S. 13).

E. 4.6

Es bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, den Beschwerdeführenden eine wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung zu gewähren. Eine solche kann gemäss

Art. 48 Abs. 4 WBG erteilt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen, wie sie die Praxis für Ausnahmegewilligungen nach Art. 26 BauG entwickelt hat (VGE 21021 vom 16.7.2001 E. 3d; BVE 31.3.2000, in BVR 2001 S. 128 E. 5b; Kunz/Walther, a.a.O., Art. 48

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 12 N. 4). Als wichtiger Grund, der eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen kann, kommen alle wesentlichen Interessen der bauwilligen Person in Betracht, die sich auf Zweck, Umfang oder Gestaltung ihres Bauvorhabens beziehen und in den geltenden Vorschriften keine genügende Berücksichtigung finden. Es sollen aber nur ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten vermieden werden. Insofern rechtfertigt sich eine Ausnahmegewilligung nicht, wenn zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen. Der blosser Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung des Grundstücks oder einfach besserer Lösung stellt keinen Ausnahmegrund dar (BVR 2015 S. 425 E. 5.1; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 26-27 N. 4 f.).

E. 4.7

Nach Ansicht der Beschwerdeführenden überzeugt ihr Interesse an der Sicht- und Windschutzmauer als wichtiger Grund für eine Ausnahmegewilligung. Der Grundsatz der Freihaltung des Gewässerraums könne in derart dicht besiedeltem Gebiet nicht uneingeschränkt Geltung beanspruchen vor anderen raumplanerischen Zielen wie etwa dem verdichteten Bauen. – Ein wichtiger Grund für die massive Mauer so nahe am Gewässer ist nicht ersichtlich; die Terrasse ist auch ohne sie nutzbar. Zudem hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass mit dem WBG vereinbare und zweckmässige Alternativen zur Verfügung stünden, namentlich eine mobile Konstruktion. Unerfindlich ist sodann, inwiefern die Mauer zu einer verdichteten Bauweise beitragen bzw. dafür unentbehrlich sein sollte. Sie erscheint damit als individuell gewünschte Ideallösung, die kein Abweichen von der regulären baulichen Ordnung zu begründen vermag. Für eine Ausnahmegewilligung liegt folglich kein wichtiger Grund vor und es erübrigt sich, auf die allfälligen einer Ausnahmegewilligung entgegenstehenden Interessen einzugehen.

E. 4.8

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz für die umstrittene Trockensteinmauer zu Recht keine Wasserbaupolizeibewilligung erteilt hat. Entgegen dem Eindruck der Beschwerdeführenden ist nicht ersichtlich, inwiefern sie den massgeblichen Sachverhalt nicht korrekt erfasst oder willkürlich gewürdigt haben soll. Namentlich der Vorwurf, die Vorinstanz habe dem Bericht C. _____ keine Beachtung geschenkt, ist

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 13 angesichts der Ausführungen in E. 3 f. des angefochtenen Entscheids unbegründet.

E. 5

Auch aus den weiteren angerufenen Rechtsgrundlagen vermögen die Beschwerdeführenden keinen Anspruch auf eine Wasserbaupolizeibewilligung abzuleiten.

E. 5.1

Indem sie vorbringen, die Trockensteinmauer sei zu bewilligen, weil diese der zeitgemässen Nutzung der Terrasse diene, berufen sie sich sinn gemäss auf die Besitzstandsgarantie nach

Art. 3 BauG. Gemäss dieser Bestimmung werden aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt (Art. 3 Abs. 2 BauG). Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden (Art. 3 Abs. 2 BauG). – Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, geht die Errichtung der Trockensteinmauer über eine zeitgemässe Erneuerung der Terrasse hinaus. Zwar umfasst die zeitgemässe Erneuerung im Sinn von Art. 3 Abs. 2 BauG namentlich die Anpassung einer Baute oder Anlage an moderne Komfortansprüche (BVR 2014 S. 65 E. 5.3). Die Mauer ist aber ein zusätzliches Element, das den Rahmen einer reinen Modernisierung der Terrasse sprengt. Sie stellt damit nicht eine zeitgemässe Erneuerung, sondern eine Erweiterung der bestehenden Terrasse dar, welche gestützt auf die Besitzstandsgarantie lediglich zulässig wäre, wenn dadurch die Rechtswidrigkeit nicht verstärkt würde, was – wie vorne in E. 4.2 ff. ausgeführt – nicht der Fall ist. Mit der Vorinstanz ist damit festzuhalten, dass die umstrittene Mauer auch im Rahmen der Besitzstandsgarantie nicht bewilligt werden kann. Nichts anderes hätte sich aus der von den Beschwerdeführenden erwähnten, am 1. Januar 2015 ausser Kraft gesetzten wasserbaulichen Besitzstandsgarantie aArt. 11 Abs. 2 Bst. b BauG ergeben, da diese Erweiterungen bestehender Bauten generell nicht zulässig (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 3. Aufl. 2007, Art. 11 N. 10).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 14

E. 5.2

Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, die Mauer sei eine kleine, leicht entfernbare Baute, und sie erklären sich bereit, diese mitsamt dem Fundament auf eigene Kosten zu entfernen, wenn Wasserbauarbeiten dies erforderten. Damit verlangen sie sinngemäss eine Ausnahmebewilligung «auf Zusehen hin» im Sinn von Art. 28 Abs. 1 BauG. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausgeführt hat, fällt eine solche schon mangels Zustimmung des TBA ausser Betracht (Art. 28 Abs. 1 Bst. c BauG). Die Trockensteinmauer ist zudem fest mit dem Boden verankert und gilt daher nicht als leicht entfernbar.

E. 5.3

Die Beschwerdeführenden verlangen schliesslich rechtsgleiche Behandlung – allenfalls im Unrecht. Es gehe nicht an, dass die EG Thun in den vergangenen Jahren wohl sämtlichen übrigen Anstösserinnen bzw. Anstössern des ...bächleins Bauten im Uferbereich bewilligt habe, beim Bauvorhaben der Beschwerdeführenden nun aber ein Exempel statuieren wolle. Wenn im Bereich der ...strasse ... und des ...wegs ... und ... eine praxisnahe und sinnvolle Lösung habe gefunden werden können, hätten auch die Beschwerdeführenden Anspruch auf eine solche.

E. 5.3.1

Der allgemeine Rechtsgleichheitsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101] und Art. 10 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]) verpflichtet die Behörden, gleiche Sachverhalte mit identischen relevanten Tatsachen gleich zu beurteilen, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung (BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 23 N. 11 f.). Nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt den Bürgerinnen und Bürgern grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ausnahmsweise und unter strengen Bedingungen wird jedoch im Rahmen des verfassungsmässig verbürgten Gleichheitssatzes ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht anerkannt (eingehend hierzu Pierre Tschannen, Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, ZBI 2011 S. 57 ff.). Die Gleichbehandlung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 15 im Unrecht setzt voraus, dass die zu beurteilenden Fälle in den tatbestandserheblichen Sachverhaltselementen übereinstimmen, dass dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zudem zu erkennen gibt, auch inskünftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Schliesslich dürfen keine überwiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen oder Interessen Dritter bestehen (BGE 139 II 49 E. 7.1 [Pra 102/2013 Nr. 33], 136 I 65 E. 5.6; BVR 2013 S. 85 E. 8.1, 2012 S. 74 E. 4.8.1, 2006 S. 496 E. 5.3 je mit Hinweisen).

E. 5.3.2

Aktenkundig ist, dass die EG Thun an der ...strasse ... den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit zwei freistehenden Carports sowie eines Einfamilienhauses mit integriertem Autounterstand bewilligt hat. Der Gesamtentscheid vom 14. Dezember 2009 (Vorakten BVE, Beilagen zum Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 27.3.2017 [nachfolgend: Vorakten BVE, Beilagen nach pag. 56]) beinhaltet auch eine Bewilligung für die Verlegung und teilweise Überdeckung (Brücke) des ...bächleins sowie zum Unterschreiten des kommunalen Gewässerabstands, weil die Parzelle ansonsten zum grossen Teil nicht überbaubar gewesen wäre. Die Bauherrschaft wurde verpflichtet, im Gewässerraum mit einer Breite von mindestens 3,5 m bzw. 2 m entlang der Parzellengrenze weder bewilligungspflichtige noch bewilligungsfreie Bauten und Anlagen zu errichten und den neuen Gewässerabschnitt einschliesslich des Ufers naturnah zu gestalten (Gesamtentscheid vom 14.12.2009, S. 7; Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 17.4.2009, Ziff. 1.3 und 4.5; Amtsbericht Fischerei und Naturschutz vom 15.4.2009, Ziff. 4.9 [je in Vorakten BVE, Beilagen nach pag. 56]). Vergleichbare Umstände liegen im hier zu beurteilenden Fall nicht vor. Die streitbetroffene Parzelle ist bereits überbaut mit einem Mehrfamilienhaus, das bis 2 m an das Gewässer heranreicht. Die umstrittene Mauer wäre nach dem Gesagten auch beim Vergleichsfall nicht zulässig.

E. 5.3.3

Soweit die Beschwerdeführenden auf andere Bauten in Gewässernähe hinweisen, hat die Gemeinde zu erkennen gegeben, dass sie ohne Baubewilligung ausgeführte Bauvorhaben nicht zu tolerieren gedenke. Sie hat vielmehr mehrere baupolizeiliche Verfahren eingeleitet, um den rechtmässigen Zustand soweit erforderlich wiederherzustellen, namentlich betreffend die Holzwand am ...weg ... (Schreiben der Beschwerdegegnerin

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 16 vom 27.3.2017, Vorakten BVE pag. 56; Protokoll pag. 40). Es besteht folglich keine ständige rechtswidrige Praxis der EG Thun und mithin schon deshalb kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (vorne E. 5.3.1).

E. 5.4

Die Bewilligungsverweigerung hält der Rechtskontrolle ohne weiteres stand. Bei diesem Ergebnis kann – wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren – offen bleiben, ob eine Ausnahmbewilligung nach Art. 41c GSchV für Bauten und Anlagen im Gewässerraum sowie nach Art. 26 BauG für die Unterschreitung des kommunalen Gewässerabstands erteilt werden könnte.

E. 6.1

Im Fall des Bauabschlags entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 5 Abs. 2 und 3 und Art. 36 Abs. 2 und 3 BV; Art. 47 Abs. 6 BewD; BVR 2013 S. 85 E. 5.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 mit weiteren Hinweisen). Die Wiederherstellung kann unterbleiben, wenn die Bauherrschaft gutgläubig war und nicht gewichtige öffentliche oder private (nachbarliche) Interessen sie gebieten (BVR 2003 S. 97 E. 3b; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a).

E. 6.2

Die Beschwerdeführenden machen geltend, sie hätten gutgläubig gehandelt. Das umstrittene Bauvorhaben hätten sie als äusserst geringfügig und «handelsüblich» taxiert. Es könne von juristischen Laien nicht erwartet werden, sich über die Zulässigkeit derartiger geringfügiger Bauvorhaben zusätzlich noch beim Bauinspektorat der Stadt Thun zu vergewissern. Ausserdem seien sie davon ausgegangen, dass die von ihnen beauftragte Gartenbaufirma sämtliche rechtlichen und technischen Gegebenheiten kenne (Beschwerde S. 13).

E. 6.3

Es darf vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben allgemein bekannt ist (BVR 2006 S. 444

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 17 E. 5.4). Wer eine bauliche Nutzung anstrebt, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Bewilligungspflicht, auch nach allfälligen neuen Vorschriften, erkundigen. Wer es unterlässt, sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen, ob ein nicht eindeutig bewilligungsfreies Bauvorhaben einer Baubewilligung bedarf, handelt fahrlässig und kann sich nicht auf guten Glauben berufen (BGE 132 II 21 E. 6.1). – Auch im vorliegenden Fall durften die Beschwerdeführenden bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt nicht ohne weiteres von der Bewilligungsfreiheit des Bauvorhabens ausgehen. Vielmehr hätte ihnen namentlich mit Blick auf die Nähe zum ...bächlein, aber auch auf die angegebenen Baukosten von Fr. 30'000.-- (Vorakten Gemeinde pag. 13) klar sein müssen, dass es sich nicht um ein Bauvorhaben von völlig untergeordneter Natur handelte und die Baubewilligungspflicht vernünftigerweise nicht bereits zum vornherein ausgeschlossen werden konnte (BGer 1C_480/2011 vom 24.4.2012 E. 4.3). Die Beschwerdeführenden waren demnach nicht im baurechtlichen Sinn gutgläubig. Wenn sie davon ausgingen, dass das von ihnen beauftragte Gartenbauunternehmen die rechtlichen Vorgaben kannte, ändert dies nichts; sie hätten sich als verantwortliche Bauherrschaft Gewissheit verschaffen müssen, dass ihr Tun zulässig ist.

E. 6.4

Damit bleibt zu prüfen, ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen müssen geeignet sein, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, und dürfen nicht weiter gehen, als für diesen Zweck notwendig ist. Zudem muss die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des oder der Pflichtigen durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Zumutbarkeit). Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch eine bösgläubige Bauherrschaft berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden (wirtschaftlichen) Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen (BGE 132 II 21 E. 6.4; BVR 2006 S. 444 E. 6.1; BVR 2002 S. 8 E. 2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c/a-c).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 18

E. 6.4.1

Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung und insbesondere an der baurechtlichen Ordnung, auch aus dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit, generell gross ist (Zaugg/Ludwig, a.a.O., 2013, Art. 46 N. 9a). Das konkrete öffentliche Wiederherstellungsinteresse liegt hier in der Freihaltung des ufernahen Bereichs für Wasserbauzwecke (vorne E. 4.5). Soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands stünde das öffentliche Interesse des verdichteten Bauens entgegen, kann ihnen nicht gefolgt werden (vorne E. 4.7).

E. 6.4.2

Mit dem Rückbau der nicht bewilligungsfähigen Mauer inklusive ihres Fundaments wird zum einen der Zugang zum ...bächlein auf der streitbetroffenen Parzelle im bisherigen Umfang wiederhergestellt und zum anderen das geschaffene Hindernis für künftige wasserbauliche Massnahmen beseitigt. Damit ist er ohne weiteres geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Es sind keine milderen Mittel ersichtlich. Nicht genügen würde namentlich die von den Beschwerdeführenden vorgeschlagene Reduktion der Mauerhöhe auf 1,2 m, da der Zugang zum ...bächlein beeinträchtigt bliebe und zusätzliche Aufwendungen für künftige Wasserbauvorhaben nach wie vor zu erwarten wären (vgl. vorne E. 4.2 ff.). Der Rückbau der gesamten Trockensteinmauer einschliesslich ihres Fundaments ist daher erforderlich. Schliesslich erweist sich der Rückbau der Trockensteinmauer auch als zumutbar. Die Abweichung vom Gesetz ist nicht nur geringfügig und dem baulichen und finanziellen Aufwand für die Wiederherstellung kommt angesichts der fehlenden Gutgläubigkeit der Beschwerdeführenden nur geringe Bedeutung zu (vorne E. 6.4).

E. 7.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde unbegründet; sie ist abzuweisen. Die von der Vorinstanz auf den 31. August 2017 angesetzte, rund zehnwöchige Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist verstrichen, weshalb eine neue

festzulegen ist. Auch wenn die Beseitigung des massiven Betonfundaments mit einem gewissen Aufwand ver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 19 bunden ist, sind die erforderlichen Wiederherstellungsarbeiten insgesamt übersichtlich. Eine Frist von drei Monaten ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils erscheint dafür als ausreichend und angemessen.

E. 7.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten unter solidarischer Haftbarkeit zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und 106 VRPG). Ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird auf drei Monate ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils festgesetzt. 3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3000.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt. 4. Es werden keine Parteikosten gesprochen. 5. Zu eröffnen: - den Beschwerdeführenden - der Beschwerdegegnerin - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Der Abteilungspräsident: Der Gerichtsschreiber: Rechtsmittelbelehrung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13.08.2018, Nr. 100.2017.199U, Seite 20
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.