

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2025 41 vom 22. April 2026

BE Verwaltungsgericht, 2026-04-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2025_41

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2025 41 du 22 avril 2026

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2025 41 del 22 aprile 2026

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. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind als Adressat und Adressatin der Wiederherstellungsanordnung durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten (vgl. aber hinten E. 5.1).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 4

E. 1.2

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

E. 2.1

Es ist unbestritten, dass die Gemeinde den Beschwerdeführenden am 20. August 2001 den Neubau eines Wohnhauses mit angebaute Garage sowie das Erstellen einer Lärmschutzwand auf der Parzelle Nr. 1_____ bewilligte. Streitig ist hingegen, ob der parallel zum Oberspachgraben verlaufende Zaun, der heute im Gewässerraum liegt, Teil dieser Baubewilligung bildete und damit rechtmässig erstellt wurde.

E. 2.2

Die Beschwerdeführenden machen geltend, sie hätten bei der Planung des Wohnhauses die Gartengestaltung (inkl. Zaun) mitberücksichtigt und von der Gemeinde überprüfen lassen. Dabei seien keine Beanstandungen gemacht worden und sie seien nicht auf die Notwendigkeit einer Ausnahmebewilligung aufmerksam gemacht worden. Gestützt darauf seien sie davon ausgegangen, dass die Gartengestaltung wie besehen von der Baubewilligung vom 20. August 2001 mitumfasst sei und hätten sie entsprechend ausführen lassen. Dass der Zaun auf den Plänen nicht ersichtlich sei, bedeute nicht, dass die Gemeinde über diesen nicht informiert worden sei. Es seien damals Hilfspläne zur Gartengestaltung eingereicht worden. Dass die Gemeinde diese nicht zu den Baubewilligungsakten erkannt habe, könne ihnen nicht zum Nachteil gereichen. Hinzu komme, dass die Gartengestaltung auch bei der Bauabnahme nicht beanstandet worden sei. Erst nach fast zwanzig Jahren werde der Zaun nun das erste Mal in Frage gestellt (Beschwerde S. 4, 7 und 8 f.).

E. 2.3

Die Vorinstanz hat erwogen, der umstrittene Zaun sei zwischen 2002 und 2003 erstellt worden. Bereits damals sei zumindest eine Wasserbaupolizeibewilligung erforderlich gewesen; ohne diese könne der Zaun nicht als rechtmässig erstellt gelten. Es sei Sache der Baugesuchstellenden, alle Elemente des Bauvorhabens, die bewilligt werden sollen, in den Plänen darzustellen. Nur was aus den Baugesuchsunterlagen und Plänen hervorgehe, könne auch bewilligt werden. In den von den Beschwerdeführenden im Bau-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 5 bewilligungsverfahren eingereichten Plänen sei der Zaun nicht eingetragen und bilde somit nicht Bestandteil der Baubewilligung vom 20. August 2001. Der Zaun sei somit formell rechtswidrig (angefochtener Entscheid E. 3).

E. 2.4

Nach den Angaben der Beschwerdeführenden waren die Umgebungsarbeiten zum Wohnhaus, wozu auch der Zaun gehöre, im April 2003 abgeschlossen (Beschwerde S. 4). Nach dem damals geltenden Recht war die Erstellung von bis zu 1,2 m hohen Einfriedungen nicht baubewilligungspflichtig (aArt. 5 Abs. 1 Bst. e des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1] in der vom 1.1.1995 bis 30.8.2009 geltenden Fassung [BAG 94-077]). Bereits damals war aber für Bauten und Anlagen im oder am Gewässer, über oder unter dem Gewässer, die weniger als 10 m vom Gewässer erstellt werden sollten ■ wie der hier zu beurteilende Zaun ■, sowie für andere Vorkehrungen im Gewässerbereich, die auf die Wasserführung, den Abfluss, die Sicherheit und Gestaltung des Gewässerbettes und Ufers oder den Zugang zum Gewässer Einfluss hatten, eine Wasserbaupolizeibewilligung erforderlich (aArt. 48 Abs. 1 des Gesetzes vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau [Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11] in der vom 1.1.1990 bis 31.8.2009 geltenden Fassung [GS 1989 S. 106 ff.]; vgl. auch den Vorbehalt gemäss aArt. 7 Abs. 2 BewD in der vom 1.1.1995 bis 30.8.2009 geltenden Fassung [BAG 94-077]). Dies bestreiten die Beschwerdeführenden auch nicht; sie sind jedoch der Ansicht, der Zaun sei Gegenstand der Baubewilligung vom 20. August 2001 und von dieser mitumfasst (Beschwerde S. 8 f.).

E. 2.5

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden:

E. 2.5.1

Obwohl die Erstellung des Zaunes allein nicht baubewilligungspflichtig war, hätte er als Bestandteil eines insgesamt bewilligungspflichtigen Vorhabens von der Baubewilligung umfasst sein können, dies unter der Voraussetzung, dass er Bestandteil des Baugesuchs bildete. Es ist Sache der Bauherrschaft, vollständige und widerspruchsfreie Pläne einzureichen. Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, gelten grundsätzlich nicht als bewilligt. Aus unvollständigen oder

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 6 missverständlichen Plänen kann die Bauherrschaft später nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Beweislast, dass eine Baubewilligung besteht, liegt bei der Bauherrschaft (BGer 1C_148/2011 vom 28.7.2011 E. 3.3; VGE 2017/287 vom 23.4.2018 E. 2.2, 2016/345 vom 23.5.2017 E. 2.3 [bestätigt durch BGer 1C_344/2017 vom 17.4.2018, in ZBl 2018 S.

606 E. 3.1, mit Kommentar von Arnold Marti]; jünger etwa VGE 2023/293 vom 13.10.2025 E. 3.3; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 5. Aufl. 2020, Art. 34/34a N. 19a, Art. 46 N. 9b Bst. c). – Den bei der Gemeinde eingeholten Baugesuchsakten sind keine Angaben zum strittigen Zaun zu entnehmen (vgl. Akten Gemeinde 8A). Der Zaun ist insbesondere weder in den bewilligten Grundriss- noch in den Schnittplänen eingezeichnet, obwohl diese je auch die projektierten Änderungen der Umgebung enthalten (Terrainveränderung, Bepflanzung, Lärmschutzwand). Die in der Beschwerde erwähnten «Hilfspläne der Gartengestaltung», auf denen der Zaun eingetragen gewesen sein soll (Beschwerde S. 9), sind nicht aktenkundig (vgl. Akten Gemeinde 8A). Den Beschwerdeführenden gelingt es demnach nicht, den Nachweis zu erbringen, dass der Zaun Bestandteil des am 20. August 2001 bewilligten Neubaus bildete.

E. 2.5.2

Die Baubewilligung vom 20. August 2001 wurde zudem nicht im koordinierten Verfahren erteilt (Art. 2a Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]) und ist kein Gesamtentscheid im Sinn von Art. 9 des Koordinationsgesetzes vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1). Damit ist von vornherein ausgeschlossen, dass eine allfällige den Zaun betreffende Wasserbaupolizeibewilligung von der Baubewilligung mitumfasst ist (Art. 4 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 Bst. a KoG). Im Übrigen liegt auch kein Amtsbericht der zuständigen Wasserbaupolizeibehörde vor (vgl. Akten TBA 4B pag. 37 ff.; Akten Gemeinde 8A1 und 8A2).

E. 2.6

Soweit die Beschwerdeführenden unter Hinweis auf die Rechnung der C._____ GmbH vom 9. Juni 2003 (Beschwerdebeilage 9, act. 1C) vorbringen, der Zaun habe zum Zeitpunkt der Bauabnahme im April 2003 bereits bestanden und sei nicht beanstandet worden, übersehen sie, dass sich aus der erwähnten Rechnung bloss schliessen lässt, dass der Zaun zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung fertig gebaut war, was aber nicht bedeutet, dass er zum Zeitpunkt der Bauabnahme am 29. April 2003 bereits bestand.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 7 Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Zaun erst nach der Bauabnahme errichtet wurde. Die Frage braucht jedoch nicht geklärt zu werden, da selbst eine vorbehaltlose Bauabnahme die fehlende Bewilligung nicht zu ersetzen vermöchte (statt vieler BVR 2011 S. 200 E. 4.4.2), was die Beschwerdeführenden zu Recht nicht in Frage stellen (Beschwerde S. 11).

E. 2.7

Die Vorinstanz hat das Fehlen einer Bewilligung somit zu Recht bejaht. Der Zaun ist formell rechtswidrig.

E. 3.1

Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer solchen ausgeführt, ist der rechtmässige Zustand wiederherzustellen (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Nichts anderes gilt für Bauten und Anlagen, die ohne Wasserbaupolizeibewilligung im Gewässerbereich errichtet wurden: Nehmen Dritte unzulässige Eingriffe vor oder führen Wasserbau- oder Erfüllungspflichtige formell widerrechtliche Arbeiten aus, wird die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet (Art. 46 Abs. 1 WBG).

E. 3.2

Gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. d WBG wird die Wiederherstellungsver- fügung ausser Kraft gesetzt, wenn innert 30 Tagen seit der Eröffnung ein Gesuch um eine nachträgliche Wasserbaupolizeibewilligung eingereicht wird. Daraus folgt, dass Wiederherstellungsverfügungen in der Regel mit ei- nem Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines nachträglichen Ge- suchs versehen werden sollen. Von dieser Regel darf nur abgewichen wer- den, wenn bereits rechtskräftig über das Vorhaben entschieden worden ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. b WBG). Gleich wie im Baupolizeiverfahren kann der Hin- weis zudem dann unterbleiben, wenn das Vorhaben offensichtlich nicht be- willigungsfähig ist bzw. wenn die materielle Rechtswidrigkeit einer Baute oder Anlage oder sonstiger Vorkehren im Gewässerbereich aufgrund klarer tatsächlicher Verhältnisse eindeutig feststeht. In beiden Fällen steht der Aus- gang des nachträglichen Bewilligungsverfahrens von vornherein fest, wes- halb dessen Durchlaufen prozessökonomisch nicht zu rechtfertigen ist (vgl. betreffend Baupolizeiverfahren BVR 2007 S. 164 E. 4.1 mit Hinweisen; VGE 2015/285 vom 14.12.2015 E. 2.2, 2016/52 vom 20.12.2016 E. 3.1;

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 8 Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 3 und N. 13 Bst. d). Versäumt es die Bau- herrschaft, innert Frist ein nachträgliches Gesuch einzureichen, so ist der Anspruch auf materielle Prüfung grundsätzlich verwirkt (statt vieler BVR 1992 S. 386 E. 4c). Allerdings ist – gleich wie im Baupolizeiverfahren – selbst in Ermangelung eines nachträglichen Gesuchs wenigstens summa- risch zu prüfen, ob die im Streit liegende Baute oder Nutzung materiell rechtswidrig ist, sofern darüber nicht schon rechtskräftig entschieden worden ist. Denn es wäre im Allgemeinen unverhältnismässig, eine an sich bewilli- gungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der förmlichen Bewil- ligung (formelle Rechtswidrigkeit) beseitigen zu lassen (grundlegend BVR 2000 S. 416 E. 3a; jünger etwa VGE 2023/154 vom 7.4.2025 E. 4.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a mit weiteren Hinweisen).

E. 3.3

Das TBA hat die Beschwerdeführenden in der Wiederherstellungs- verfügung vom 11. März 2024 nicht auf die Möglichkeit eines nachträglichen Gesuchs hingewiesen (Akten TBA 4B pag. 4 f.). Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, der Hinweis auf ein nachträgliches Baugesuch müsse nicht nachgeholt werden, da ein allfälliges Gesuch um nachträgliche Bewilli- gung des Zaunes aussichtslos wäre (angefochtener Entscheid E. 5c). Die Beschwerdeführenden haben kein Gesuch um nachträgliche Bewilligung des Zaunes eingereicht. Anders als im vorinstanzlichen Verfahren beanstan- den sie den fehlenden Hinweis auf die Möglichkeit, ein nachträgliches Ge- such einzureichen, vor Verwaltungsgericht nicht mehr. Sie machen hingegen geltend, der Zaun sei seinerzeit rechtmässig erstellt worden und daher in seinem Bestand geschützt (Beschwerde S. 8 und 9).

E. 3.4

Die Vorinstanz hat erwogen, im Gewässerraum erstellte Anlagen seien grundsätzlich in ihrem Bestand geschützt, sofern sie rechtmässig er- stellt und bestimmungsgemäss nutzbar seien. Dieser Besitzstandsschutz nach Art. 41c Abs. 2 der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201) gelte nur für formell rechtmässige, d.h. rechtskräftig bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten. Der Zaun sei bereits im Zeitpunkt seiner Errichtung bewilligungspflichtig gewesen. Es liege jedoch keine Be- willigung vor, womit der Zaun nicht als rechtmässig erstellt gelten könne. Er sei daher in seinem Bestand

nicht geschützt (angefochtener Entscheid E. 3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 9

E. 3.5

Der strittige Zaun liegt innerhalb der Bauzone und im Gewässerraum des Oberspachgrabens. Die Besitzstandsgarantie für Bauten und Anlagen im Gewässerraum innerhalb der Bauzone richtet sich nach der Praxis des Bundes- und des Verwaltungsgerichts grundsätzlich nach kantonalem Recht (BGer 1C_332/2017 vom 23.2.2018 E. 3.2.2, 1C_473/2015 vom 22.3.2016, in URP 2016 S. 375 E. 4.2; Cordelia Christiane Bähr, Neun Jahre Gewässerraum – ein Rechtsprechungsbericht, in URP 2020 S. 1 ff., 41). Im Kanton Bern ist daher die Besitzstandsgarantie für Bauten und Anlagen gemäss Art. 3 BauG massgebend (BVR 2019 S. 550 E. 4.1 ff.; VGE 2023/52 vom 9.2.2024 E. 4.1, 2022/280 vom 21.9.2023 E. 3.2). Darunter fallen zunächst formell rechtmässige Bauten und Anlagen, d.h. solche, die bewilligt sind oder bewilligungsfrei waren. Unter die Besitzstandsgarantie nach Art. 3 BauG fallen sodann formell rechtswidrige, aber materiell rechtmässige Bauten und Anlagen, d.h. solche, die nach dem im Erstellungszeitpunkt geltenden Recht hätten bewilligt werden können (VGE 2016/128 vom 1.2.2017 E. 3.2; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2). Die materielle Rechtmässigkeit beurteilt sich hier grundsätzlich nach dem Recht im Zeitpunkt der Erstellung. Die Besitzstandsgarantie für Bauten und Anlagen im Gewässerraum ausserhalb der Bauzone richtete sich nach der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts nach Art. 24c Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700); Art. 41c Abs. 2 GSchV kam keine eigenständige Bedeutung zu (BGer 1C_345/2014 vom 17.6.2015, in URP 2015 S. 706 E. 4.1.3). Der Besitzstandsgarantie unterlegen rechtmässig erstellte und bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen. Dazu gehörten auch nicht bewilligte, aber materiell rechtmässige Bauten und Anlagen. Die materielle Rechtmässigkeit beurteilte sich auch hier grundsätzlich nach dem Recht im Zeitpunkt der Erstellung (vgl. statt vieler BGE 123 II 248 E. 3a/bb, 102 Ib 64 E. 4; BGer 1C_311/2012 vom 28.8.2013, in ZBl 2014 S. 207 E. 5.3). In seinem Leiturteil BGE 146 II 304 (BGer 1C_22/2019 und 1C_476/2019 vom 6.4.2020 nicht publ. E. 8, in URP 2020 S. 529 mit Bemerkungen von Jeanette Kehrl) – auf welches die Vorinstanz verweist (angefochtener Entscheid E. 3c) – hat das Bundesgericht in Abweichung von seiner bisherigen Praxis entschieden, dass unbewilligte (formell rechtswidrige) Bauten und Anlagen, jedenfalls wenn sie im Gewässerraum ausserhalb der Bauzone liegen, in ihrem Bestand nur geschützt sind, wenn sie auch heute noch bewilligt werden könnten. Die materielle

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 10 Rechtmässigkeit beurteilt sich somit nach aktuell geltendem und nicht nach dem im Erstellungszeitpunkt geltenden Recht. Damit stellt sich die Frage, ob und, falls ja, in welchem Ausmass sich diese mit BGE 146 II 304 geänderte Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die bisherige Praxis zur Besitzstandsgarantie von Bauten im Gewässerraum innerhalb der Bauzone auswirkt, wonach auch nach dem im Erstellungszeitpunkt geltenden Recht bewilligungsfähig gewesene Bauten und Anlagen in ihrem Bestand geschützt sind. Die Frage kann mit Blick darauf offenbleiben, dass der bewilligungspflichtige und nicht bewilligte Zaun – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – nach dem im Zeitpunkt seiner Errichtung geltenden Recht nicht bewilligungsfähig gewesen wäre.

E. 3.6

Zum Zeitpunkt der Errichtung des Zaunes war für diesen einzig eine Wasserbaupolizeibewilligung erforderlich (vorne E. 2.4). Die Erteilung dieser Bewilligung setzte – gleich wie nach heute geltendem Recht – insbesondere voraus, dass das Bauvorhaben den nötigen Zugang zum Gewässer nicht behindert (aArt. 48 Abs. 3 Bst. b WBG in der vom 1.1.1990 bis 31.8.2009 geltenden Fassung [GS 1989 S. 106 ff.]; Art. 48 Abs. 3 WBG in der heute geltenden Fassung i.V.m. Art. 39a Bst. b der Wasserbauverordnung vom 15. November 1989 [WBV; BSG 751.111.1]). Der wasserbauliche Zugang zum Gewässer soll grundsätzlich möglichst überall und nicht nur als mini- male Schneise offengehalten werden. Um den erforderlichen Zugang zu gewährleisten, reicht es grundsätzlich nicht aus, dass dieser technisch noch irgendwo möglich bleibt (VGE 2023/52 vom 9.2.2024 E. 5.1 mit Hinweis auf den Vortrag der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion [heute: BVD] zur Änderung der WBV vom 15.10.2014, S. 6, einsehbar unter: <www.r.r.be.ch>, Rubriken «Beschlüsse/Beschlüsse suchen/Beschluss-Nr. 1288/2014»). Eine Beeinträchtigung des Gewässerunterhalts liegt demnach nicht erst dann vor, wenn der Zugang zum Gewässer verunmöglicht, sondern bereits dann, wenn der Zugang behindert wird. Dies übersehen die Beschwerdeführenden, wenn sie ausführen, der Zaun verunmögliche den Zugang zum Ober- spachgraben nicht (Beschwerde S. 6, 12 f.). Die Ausführungen des TBA und der Schwellenkorporation, wonach der Zaun den Zugang zum Gewässer und damit den Gewässerunterhalt erschwere, sind nachvollziehbar und werden durch die aktenkundige Fotodokumentation bestätigt (Akten TBA 4B pag. 4 f.; vgl. auch Aktennotiz der Begehung vom 29.6.2023 sowie Aktenno-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 11 tiz der Begehung vom 26.8.2022, Akten TBA 4B pag. 13 ff., 27 ff.; Fotodokumentation, Beschwerdebeilage 17, act. 1C). Es besteht kein Anlass, diese Ausführungen der Fachbehörde sowie der gewässerunterhaltungspflichtigen Schwellenkorporation in Frage zu stellen (zur Zurückhaltung des Verwaltungsgerichts bei der Überprüfung von Aspekten, die eine Fachbehörde aufgrund ihres Fachwissens besser beurteilen kann, statt vieler BVR 2013 S. 5 E. 5.6). Der Vorinstanz ist somit zuzustimmen, dass eine ordentliche Wasserbaupolizeibewilligung bereits zum Zeitpunkt der Errichtung des Zaunes nicht hätte erteilt werden können (angefochtener Entscheid E. 5). Dass zum Zeitpunkt der Errichtung des Zaunes ein wichtiger Grund vorlag, der die Erteilung einer Ausnahmbewilligung hätte rechtfertigen können (vgl. Art. 48 Abs. 4 WBG in seiner seit 1.1.1990 unverändert gebliebenen Fassung [GS 1989 S. 106 ff.]), ist weder dargetan noch ersichtlich, zumal der Zaun unbestrittenermassen auch an anderer Stelle ausserhalb des Gewässerraums seinen Zweck erfüllen könnte (Beschwerde S. 15; Eingabe der Beschwerdeführenden im vorinstanzlichen Verfahren vom 19.11.2024, Akten BVD 4A pag. 42). Mithin konnte dem Zaun auch keine Ausnahmbewilligung erteilt werden. Im Übrigen lässt der (nicht näher begründete) Antrag der Beschwerdeführenden, es sei ein Augenschein durchzuführen (Beschwerde S. 6), in den entscheidwesentlichen Punkte keine zusätzlichen Erkenntnisse erwarten; der Beweisantrag wird daher abgewiesen (sog. antizipierte Beweiswürdigung; vgl. hierzu statt vieler BVR 2021 S. 441 E. 5.8; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 18 N. 27 f.).

E. 3.7

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Zaun weder bewilligungsfrei war noch bewilligt wurde oder nach dem im Erstellungszeitpunkt geltenden Recht bewilligungsfähig

gewesen wäre, weshalb sich die Beschwerdeführenden nicht auf die Besitzstandsgarantie nach Art. 3 BauG berufen können.

E. 3.8

Nach geltendem Recht ist der im Gewässerraum gelegene Zaun baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 2 BewD). Eine nachträgliche Bewilligung fällt auch nach geltendem Recht nicht in Betracht: Nach Art. 41c Abs. 1 GSchV dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen erstellt werden. Der Zaun, wie ihn die Beschwer-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 12 deführenden erstellt haben, ist keine solche Anlage. Die Vorinstanz ist damit zu Recht zum Schluss gekommen, der Zaun sei nach geltendem Recht offensichtlich nicht bewilligungsfähig.

E. 4.1

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, Art. 9 und Art. 36 Abs. 2 und 3 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; BGE 136 II 359 E. 6, BGE 146 II 304 [BGer 1C_22/2019 und 1C_476/2019 vom 6.4.2020] nicht publ. E. 14; BVR 2020 S. 380 E. 2.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 mit weiteren Hinweisen). Die Wiederherstellung kann unterbleiben, wenn die verantwortliche Person in gutem Glauben angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, sofern der Beibehaltung des unrechtmässigen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ebenso wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt (statt vieler BGE 132 II 21 E. 6; BVR 2003 S. 97 E. 3b; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b). 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; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. c). Die Anordnung des Abbruchs kann sodann ausgeschlossen sein, wenn der Wiederherstellungsanspruch durch Zeitablauf verwirkt ist (BGE 147 II 309 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 107 Ia 121).

E. 4.2

Mit Wiederherstellungsverfügung vom 11. März 2024 ordnete das TBA an, dass der im Gewässerraum liegende Zaun auf der Parzelle Nr. 1_____ zurückgebaut werden muss. Gleichzeitig hat es darauf verzichtet, den Rückbau des Kieswegs und der Gartenmauer auf der genannten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 13 Parzelle und den Rückbau des Zaunes auf der Parzelle Nr. 2_____ anzuordnen (vgl. Wiederherstellungsverfügung vom 11.3.2024, Akten TBA 4B pag. 4 f.). Die Vorinstanz hat diese Anordnung bestätigt (angefochtener Entscheid E. 4f sowie Ziff. 1 des Dispositivs; vorne Bst. B). Die Beschwerdeführenden bringen dagegen vor, sie seien gutgläubig davon ausgegangen, der Zaun sei von der Baubewilligung vom 20. August 2001 umfasst gewesen

und damit rechtmässig (Beschwerde S. 8, 10). – Eine Bauherrschaft kann nur als gutgläubig gelten, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt (BVR 2006 S. 444 E. 5.4; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a mit Hinweisen). Die wasserbaupolizeiliche Bewilligungspflicht von Bauvorhaben, die weniger als 10 m vom Gewässer erstellt werden, ergab sich klar aus dem Wortlaut von aArt. 48 Abs. 1 WBG. Die Beschwerdeführenden waren von einem Architekten und, was die Umgebung anbelangt, von einem Landschaftsarchitekten fachkundig beraten (vgl. Beschwerdebeilage 10, act. 1C). Sie können sich unter diesen Umständen nicht erfolgreich darauf berufen, sie hätten die Bewilligungspflicht nicht gekannt oder bei zumutbarer Sorgfalt nicht kennen können (vgl. dazu Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. b mit zahlreichen Hinweisen). Sie mussten – im Gegenteil – um die Bewilligungspflicht des Zaunes wissen und können daher nicht als gutgläubig gelten.

E. 4.3

Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, der Vertrauensschutz stehe einer Wiederherstellung entgegen; die Gemeinde habe bereits seit langem Kenntnis vom streitbetroffenen Zaun gehabt und ihn geduldet. Der Zaun habe bereits im Zeitpunkt der Bauabnahme bestanden und sei weder damals noch in den folgenden Jahren beanstandet worden, obwohl er bei den Unterhaltsarbeiten für die Schwellenkorporation ohne Weiteres erkennbar gewesen sei (Beschwerde S. 10 ff.). – Auch der Vertrauensschutz steht einer Wiederherstellung nicht entgegen: Anders als die Beschwerdeführenden behaupten, berechtigt die blosser Untätigkeit einer Behörde in der Regel nicht zur Annahme, das Bauen oder Nutzen sei rechtmässig. Behördliche Untätigkeit kann insbesondere bei rechtswidrigen Bauten nur dann einen Vertrauenstatbestand begründen, wenn die Behörde eine Rechtswidrigkeit bewusst hingenommen und während sehr langer Zeit auf ein Einschreiten verzichtet hat, die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt und die Rechtswidrigkeit für die Bauherrschaft bei gebotener Sorgfalt nicht

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 14 erkennbar war. Darauf kann sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nur berufen, wer selbst in gutem Glauben gehandelt hat (BGE 136 II 359 E. 7.1; BVR 2013 S. 85 E. 6.2 f.; VGE 2019/120 vom 28.5.2020 E. 6.5 [bestätigt durch BGer 1C_381/2020 vom 27.7.2021]; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a/cc mit Hinweisen; Beatrice Weber-Dürler, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in ZBl 2002 S. 281 ff., 301 f.). Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, sind diese Voraussetzungen hier nicht erfüllt (angefochtener Entscheid E. 4c). Die Beschwerdeführenden mussten um die Bewilligungspflicht wissen und kannten den Inhalt der Baubewilligung, weshalb für sie erkennbar war, dass der Zaun rechtswidrig erstellt wurde (vgl. E. 4.2 hiervor). Wer sich – wie die Beschwerdeführenden – nicht mit Erfolg auf den guten Glauben berufen kann, vermag selbst aus einer langjährigen behördlichen Duldung des rechtswidrigen Zustands nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Die Untätigkeit der Gemeinde begründet damit keinen Vertrauenstatbestand, der den Beschwerdeführenden einen Anspruch auf Vertrauensschutz verschaffen würde. Mit Blick auf das durch die Gewässerschutzgesetzgebung verfolgte Schutzziel, den Gewässerraum zumindest auf längere Sicht von Bauten und Anlagen freizuhalten (vgl. BGE 146 II 304 E. 9.2), steht dem Erhalt des Zaunes ohnehin ein gewichtiges öffentliches Interesse entgegen.

E. 4.4

Soweit die Beschwerdeführenden sodann einwenden, die Wiederherstellungsanordnung sei nicht mehr zulässig, da der Zaun bereits seit 2003 bestehe und damit die fünfjährige Verwirkungsfrist nach Art. 46 Abs. 3 BauG bereits abgelaufen sei (Beschwerde S. 11), lassen sie ausser Betracht, dass das hier anwendbare WBG keine Art. 46 Abs. 3 BauG entsprechende Bestimmung für das Wasserbaupolizeiverfahren enthält. Die Gewässerschutzgesetzgebung des Bundes und die damit verfolgten gewichtigen öffentlichen Interessen lassen die Wiederherstellung abgesehen davon ohnehin zwingend erscheinen. Der Wiederherstellungsanspruch ist daher auch nicht durch Zeitablauf verwirkt.

E. 4.5

Die Beschwerdeführenden bestreiten schliesslich die Verhältnismässigkeit der Wiederherstellungsanordnung. Mit dieser werde bezweckt, den Zugang zum Oberspachgraben zu verbessern, um die Unterhaltsarbeiten ungehindert vornehmen zu können. Der Zaun behindere den Zugang zum

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 15 Gewässer jedoch nicht. Der Zugang sei bereits aufgrund der topografischen Gegebenheiten eingeschränkt und ohnehin nur bachauf- oder -abwärts entlang des Gerinnes möglich. Ein maschineller Unterhalt komme nicht in Frage. Der angeordnete Rückbau des Zaunes sei daher nicht geeignet, den Zugang zum Gewässer zu verbessern. Zu berücksichtigen sei zudem, dass mit der Baubewilligung vom 20. August 2001 eine Terrainaufschüttung bis an die Grundstücksgrenze bewilligt worden sei, die nicht ausgeführt wurde. Im Vergleich zum ausgeführten Zustand sei somit ein stärkerer Eingriff in den Gewässerraum bewilligt worden. Hinzu komme, dass das TBA an der Begehung vom 29. Juni 2023 noch der Ansicht gewesen sei, es könne darauf verzichtet werden, den Zaun zurückzubauen, wenn die Beschwerdeführenden die durch den Mehraufwand beim Unterhalt anfallenden Kosten tragen würden. Es bestehe somit eine mildere Massnahme. Schliesslich sei der Rückbau auch nicht zumutbar: Der Zaun diene als Absturzsicherung für Kinder und Tiere, weshalb ein gewichtiges Interesse an der Beibehaltung des Zaunes bestehe. Dieses überwiege das öffentliche Interesse daran, die wasserbaupolizeilichen Bestimmungen durchzusetzen (Beschwerde S. 13 ff.). – Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden: Für die Eignung einer Wiederherstellungsmassnahme reicht bereits aus, wenn sie zur Zielerreichung einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag leistet. Ungeeignet ist eine Massnahme erst, wenn sie keinerlei Wirkungen hinsichtlich des angestrebten Zwecks entfaltet (VGE 2021/312 vom 18.10.2024 E. 8.1.5, 2023/154 vom 7.4.2025 E. 6.1.2; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, N. 456; Markus Müller, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. Aufl. 2023, S. 36). Der Vorinstanz ist zuzustimmen (angefochtener Entscheid E. 4d), dass der Rückbau des Zaunes dazu beiträgt, den Zugang zum Oberspachgraben zu verbessern, selbst wenn aufgrund der Geländebeschaffenheit nach wie vor kein optimaler Zugang möglich sein sollte. Aus dem Umstand, dass ursprünglich eine Terrainaufschüttung bewilligt wurde, können die Beschwerdeführenden nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal die Baubewilligung diesbezüglich längst erloschen ist (vgl. Art. 42 Abs. 2 BauG). Darüber hinaus geht von einer Terrainaufschüttung nicht die gleiche Hinderungswirkung aus wie von einem Zaun. Mildere Massnahmen als der Rückbau sind nicht ersichtlich, denn auch mildere Mittel müssen zur Zweckerreichung geeignet sein. Dies fällt bei Alternativen, die auf ein Belassen des Zaunes hinauslaufen, von vornherein ausser Be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 16 tracht. Zudem hat das TBA darauf verzichtet, den Rückbau des Kieswegs und der Gartenmauer anzuordnen, die beide ebenfalls im Gewässerraum des Oberspachgrabens liegen und soweit ersichtlich nicht baubewilligt sind. Damit hat das TBA nicht zuletzt den finanziellen Interessen der Beschwerdeführenden Rechnung getragen und sich mit der Entfernung des Zaunes auf der Parzelle Nr. 1_____ auf die kostengünstigste und aus dieser Perspektive mildeste Massnahme beschränkt. Soweit die Beschwerdeführenden schliesslich vorbringen, ihr Interesse am Erhalt des Zaunes als Absturzsicherung sei höher zu gewichten als das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung, womit der Rückbau nicht zumutbar sei, ist ihnen entgegenzuhalten, dass der Zaun – nicht zuletzt auch gemäss ihren eigenen Angaben (Beschwerde S. 15) – auf den Standort im Gewässerraum nicht angewiesen ist und seinen Zweck daher auch an einer anderen Stelle erfüllen könnte. Die Wiederherstellung ist den Beschwerdeführenden daher zumutbar.

E. 4.6

Nach dem Erwogenen erweist sich die Wiederherstellungsanordnung als verhältnismässig und steht ihr auch der Vertrauensschutz nicht entgegen. Die Vorinstanz hat dies zu Recht bestätigt.

E. 5.1

Ihr Eventualbegehren (Rückweisung zur Neuurteilung; vorne Bst. C) begründen die Beschwerdeführenden nicht. Soweit auf die Beschwerde insoweit überhaupt einzutreten ist (Art. 32 Abs. 2 VRPG; vgl. dazu auch Michel Daum, a.a.O., Art. 32 N. 26), sind keine Gründe für eine Rückweisung ersichtlich. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die vom TBA angesetzte Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands von rund drei Monaten ist abgelaufen (vgl. vorne Bst. A). Es ist daher praxisgemäss eine neue Frist anzusetzen (Art. 46 Abs. 1 WBG; vgl. zum Baupolizeiverfahren etwa VGE 2024/377 vom 22.9.2025 E. 8.2).

E. 5.2

Bei diesem Prozessausgang haben die Beschwerdeführenden die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens unter solidarischer Haftbarkeit zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und Art. 106 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.04.2026, Nr. 100.2025.41U, Seite 17

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