



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 140/2024/92

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 7. Januar 2025

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2025/41 vom 01.04.2026)

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **C.**_____
Beschwerdeführerin 1

Herrn **D.**_____
Beschwerdeführer 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

und

Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV (TBA OIK IV), Dunantstrasse 13,
3400 Burgdorf

betreffend die Verfügung des Tiefbauamts des Kantons Bern, OIK IV (TBA OIK IV) vom 11. März 2024 (Geschäfts-Nr.: AMT107152; Zaun)

I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Rüderswil bewilligte den Beschwerdeführenden am 20. August 2001 den Neubau eines Wohnhauses mit angebauter Garage sowie das Erstellen einer Lärmschutzwand auf der Parzelle Rüderswil Grundbuchblatt Nr. G._____. Die Parzelle liegt in der Wohn- und Gewerbezone. Auf der südwestlichen Seite der Parzelle Nr. G._____ ist ein Streifen als Gewässerraum des Oberspachgraben ausgeschieden, der dort nahe der Parzellengrenze entlangfließt. Die Baubewilligung vom 20. August 2001 umfasst Gewässerschutzbewilligungen des damaligen Amts für Gewässerschutz und Abfallwirtschaft des Kantons Bern (heute Amt für Wasser und Abfall) vom 10. Juli 2001 und der Gemeinde Rüderswil vom 20. August 2001, deren Nebenbestimmungen in Dispositivziffer 6 der Baubewilligung vom 20. August 2001 als verbindlich erklärt wurden. Demnach gilt u.a. folgende Auflage gemäss Gewässerschutzbewilligung des damaligen Amts für Gewässerschutz und Abfallwirtschaft vom 10. Juli 2001: «Die Gestaltung des Bachufers

ist mit dem Oberingenieurkreis des Tiefbauamtes, Sekt. Wasserbau abzusprechen».¹ Der Neubau wurde ausgeführt und im Frühjahr 2003 von der Gemeinde kontrolliert.²

Als Folge einer Gewässerunterhaltsbegehung der Schwellenkorporation wurde am 26. August 2022 auf der Parzelle Nr. G. _____ eine Besprechung durchgeführt. Daran nahmen ein Vertreter des Tiefbauamtes des Kantons Bern (TBA), Oberingenieurskreis IV, der Fischereiaufseher, der Präsident der Schwellengemeinde, die Beschwerdeführenden und zwei Vertreter der Gemeinde Rüderswil teil. Der Vertreter des TBA sprach sich dafür aus, dass der Weg und der Zaun auf der südwestlichen Seite der Parzelle Nr. G. _____ zurückgebaut werden müssten. Am 29. Juni 2023 und am 7. Februar 2024 fanden weitere Besprechungen vor Ort statt. Am 11. März 2024 verfügte das TBA, dass der Zaun auf der Parzelle Nr. G. _____ zurückgebaut werden müsse. Für den Fall der Nichtbefolgung drohte es die Ersatzvornahme an.

2. Dagegen haben die Beschwerdeführenden am 10. April 2024 bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) Beschwerde eingereicht. Sie beantragen die Aufhebung der Verfügung vom 11. März 2024 und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, eventuell die Aufhebung der Verfügung vom 11. März 2024 und den Verzicht auf einen Rückbau des Zauns, allenfalls unter Verpflichtung der Beschwerdeführenden zum Gewässerunterhalt am fraglichen Abschnitt des Oberspachgraben oder zur Tilgung der Mehrkosten des Unterhalts mit einem jährlichen Entgelt. Die Beschwerdeführenden machen unter anderem geltend, dass das TBA weder in der Verfügung noch im vorangehenden Verfahren eine Begründung für die streitige Anordnung gegeben habe und auf die Vorbringen der Beschwerdeführenden nicht eingegangen sei.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet³, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Das TBA hält mit Stellungnahme vom 28. Mai 2024 an der angefochtenen Verfügung fest. Das Rechtsamt bat die Beschwerdeführenden um Einreichung der Pläne zur Baubewilligung vom 20. August 2001. Die Beschwerdeführenden reichten entsprechende Plankopien ein.

Mit Verfügung vom 23. September 2024 teilte das Rechtsamt den Verfahrensbeteiligten mit, gemäss einer vorläufigen, summarischen Einschätzung würde eine Berufung auf die Besitzstandsgarantie hinsichtlich des streitigen Zauns voraussetzen, dass der Zaun bewilligt worden sei oder bewilligungsfrei habe erstellt werden dürfen. Letzteres sei gemäss der Einschätzung des Rechtsamtes nicht der Fall, da der Zaun aufgrund seiner Lage nahe am Gewässer zumindest einer Wasserbaupolizeibewilligung bedurft hätte. Gestützt auf die eingereichten Pläne gehe das Rechtsamt davon aus, dass der Zaun ohne Bewilligung erstellt worden sei, da er auf den Bauplänen nicht eingetragen sei und folglich nicht Gegenstand der Baubewilligung vom 20. August 2001 gebildet habe. Gemäss der vorläufigen, summarischen Einschätzung des Rechtsamtes gelte daher der Zaun als nicht rechtmässig erstellt, so dass kein Anspruch auf Besitzstand erhoben werden könne. Das Rechtsamt gehe ferner gestützt auf eine vorläufige, summarische Einschätzung davon aus, dass der Zaun durch eine allfällige vorbehaltlose Bauabnahme nicht habe legalisiert werden können. Gemäss der vorläufigen, summarischen Einschätzung des Rechtsamtes überwiege das Interesse an der Durchsetzung der wasserbaurechtlichen Vorschriften, welche insbesondere auch der Sicherheit dienen, gegenüber den privaten Interessen der Beschwerdeführenden an der Beibehaltung des Zauns. Das überwiegende öffentliche Interesse stehe gemäss der Einschätzung des Rechtsamtes einer Berufung auf Vertrauensschutz entgegen.

¹ Vorakten pag. 45

² Vorakten pag. 35

³ 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)

Die Beteiligten erhielten Gelegenheit, sich zur summarischen Einschätzung des Rechtsamtes zu äussern. Die Beschwerdeführenden hielten mit Eingabe vom 19. November 2024 an ihrer Beschwerde fest.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Angefochten ist eine Wiederherstellungsverfügung des TBA, die sich auf Art. 46 WBG⁴ stützt. Diese kann nach Art. 51 Abs. 3 WBG i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG⁵ bei der BVD angefochten werden. Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten der Verfügung und als Grundeigentümer der betroffenen Parzelle in schutzwürdigen Interessen betroffen. Sie sind zur Beschwerde legitimiert (Art. 65 Abs. 1 Bst. a VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Formelle Mängel, rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden vertreten die Ansicht, dass die angefochtene Verfügung mangelhaft sei. Namentlich fehle eine hinreichende Auseinandersetzung mit den sachverhaltlichen und rechtlichen Einwendungen der Beschwerdeführenden. Die rechtlichen Grundlagen der Anordnung seien den Beschwerdeführenden weder vorgängig noch in der angefochtenen Verfügung gebührend erklärt worden. Damit sei der Anspruch der Beschwerdeführenden auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt worden.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG⁶ gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs wird zudem verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss dabei nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandersetzt.⁷

c) Den Vorakten lässt sich entnehmen, dass das Verfahren zunächst von der Gemeinde geführt wurde. Die Gemeinde hat die Protokolle der Besprechungen vom 26. August 2022⁸, vom 29. Juni 2023⁹ und vom 7. Februar 2024¹⁰ erstellt. Die Beschwerdeführenden haben ihre Eingaben an die Gemeinde gerichtet.¹¹ Am 20. Februar 2024 teilte die Gemeinde den Beschwerde-

⁴ Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau vom 14. Februar 1989 (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11)

⁵ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

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

⁸ Vorakten pag. 27 ff.

⁹ Vorakten pag. 13 ff.

¹⁰ Vorakten pag. 7 ff.

¹¹ Vorakten pag. 25, pag. 17, pag. 11, pag. 9

führenden mit, dass das Verfahren zur Weiterführung an das TBA übergeben werde.¹² Nach der Verfahrensübergabe an das TBA erfolgte ohne weitere Instruktionshandlungen seitens des TBA die angefochtene Verfügung.¹³

Wenn sich – wie hier – sowohl baupolizeiliche als auch wasserbaupolizeiliche Fragen stellen, kann es zu einer konkurrierenden Zuständigkeit der Gemeinde als Baupolizeibehörde und des TBA als Wasserbaupolizeibehörde kommen. Dabei hat primär die Baupolizeibehörde die aufgrund des Baugesetzes gebotenen baupolizeilichen Massnahmen zu treffen und das TBA die wasserbaupolizeilich gebotenen Massnahmen.¹⁴

Vorliegend stand ein allfälliger Verstoss gegen eine wasserbaupolizeiliche Auflage bzw. das Bauen ohne (wasserbaupolizeiliche) Bewilligung in Frage. Das TBA war an den von der Gemeinde organisierten Ortsbesichtigungen zugegen und es wurde von Beginn weg thematisiert, dass der Zaun hauptsächlich für den Gewässerunterhalt problematisch sei, da er den Zugang zum Ober-spachgraben blockiere. Es leuchtet daher ein, dass das TBA das Verfahren von der Gemeinde übernommen hat. Die Gemeinde hat im vorinstanzlichen Verfahren nicht verfahrensabschliessend verfügt; sie ist daher nicht als Vorinstanz am vorliegenden Beschwerdeverfahren beteiligt. Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführenden im vorinstanzlichen Verfahren richtete sich an das TBA als verfügende Behörde. Das TBA musste die Vorbringen der Parteien im (gesamten) erstinstanzlichen Verfahren prüfen und beim Entscheid berücksichtigen.

d) Die angefochtene Verfügung ist sehr rudimentär begründet. Es geht immerhin daraus hervor, dass unbewilligte Bauten (Zaun, Kiesweg, Gartenmauer) im Gewässerraum beanstandet werden, da sie den Gewässerunterhalt erschweren. In der Verfügung wird ausgeführt, solche Bauten erforderten eine Wasserbaupolizeibewilligung, welche hier nicht vorliege. Es sei daher nach Art. 46 WBG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verfügen, welche sich aus Verhältnismässigkeitsgründen auf den Zaun beschränke. Der Wiederherstellungsanspruch verjähre nicht.

Die Beschwerdeführenden hatten sich im erstinstanzlichen Verfahren auf den Besitzstand berufen. Sie stellten sich auf den Standpunkt, dass die zur Diskussion stehenden Anlagen gestützt auf eine rechtskräftige Baubewilligung erstellt, durch den Baukontrolleur der Gemeinde abgenommen und während vielen Jahren nicht beanstandet worden seien. Damit setzt sich das TBA in der angefochtenen Verfügung nicht auseinander. Immerhin hat das TBA an einer der Besprechungen darauf hingewiesen, dass der streitige Zaun auf den bewilligten Plänen nicht verzeichnet sei.¹⁵ Zudem wurde bei einer Besprechung und auch in der angefochtenen Verfügung darauf hingewiesen, dass die erforderliche Wasserbaupolizeibewilligung fehlt.¹⁶ Damit ist die rechtliche Begründung aber nicht ganz vollständig (vgl. Erwägungen 3 und 4).

e) Voraussetzung für die Wahrnehmung des Äusserungs- und Anhörungsrechts ist, dass die Behörden die Betroffenen über die wesentlichen Aspekte des Verfahrens orientieren. Der Gehörsanspruch beschlägt in erster Linie Sachverhaltsfragen, doch muss auch der Rechtsgrund im Verfahren soweit thematisiert werden, dass die Parteien ihren Standpunkt dazu wirksam in das Verfahren einbringen können.¹⁷ In der Verfügungsbegründung müssen die Rechtsgrundlagen ausgeführt (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VPRG) und es muss auf die wesentlichen Vorbringen der Parteien

¹² Vorakten pag. 6

¹³ Vorakten pag 4, vgl. auch Stellungnahme des TBA vom 28. Mai 2024

¹⁴ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Vorbemerkungen zu den Art. 45-52 N. 4

¹⁵ Vorakten pag. 28

¹⁶ Vgl. Vorakten pag. 14

¹⁷ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 8

eingegangen werden. Dies ist hier nicht genügend erfolgt. Das TBA hat sich in der angefochtenen Verfügung mit den von den Beschwerdeführenden geltend gemachten Argumenten des Besitzstandes, der erfolgten Bauabnahme und der langjährigen Duldung nicht auseinandergesetzt. Damit hat es den Anspruch der Beschwerdeführenden auf rechtliches Gehör verletzt.

f) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen eine Heilung nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.¹⁸

Vorliegend ist anzunehmen, dass eine Heilung der Gehörsverletzung im Interesse der Beschwerdeführenden liegt. Gemäss ihren Ausführungen in der Beschwerde gehen sie selber davon aus, dass eine Heilung erfolgen kann.

Das Rechtsamt hat daher den Beteiligten mit Verfügung vom 23. September 2024 eine vorläufige, summarische Einschätzung hinsichtlich des Besitzstandes, der Bauabnahme und des sinngemäss geltend gemachten Vertrauensanspruchs unterbreitet. Die Beschwerdeführenden erhielten Gelegenheit, sich zu dieser Einschätzung zu äussern. Sie haben ihr Äusserungsrecht mit Eingabe vom 19. November 2024 wahrgenommen. In den nachfolgenden materiellen Erwägungen wird auf ihre wesentlichen Vorbringen eingegangen. Damit kann die erlittene Gehörsverletzung geheilt werden.

g) Behördliche Fehlleistungen, die im Verfahren zu Mehraufwand führen, dürfen nicht den Beschwerdeführenden angelastet werden. Bei der Kostenverlegung ist daher zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführenden zur Durchsetzung des ihnen zustehenden Gehörsanspruchs Beschwerde ergreifen mussten.¹⁹ Der dadurch entstehende Mehraufwand ist nicht durch die Beschwerdeführenden zu tragen.

h) Die angefochtene Verfügung leidet an weiteren formellen Mängeln. So wird anstelle der Beschwerdeführenden deren Rechtsvertreter als Verfügungsadressat genannt. Es fehlt eine Rechtsmittelbelehrung (Art. 52 Abs. 1 Bst. d VRPG). Die Kosten werden unter dem Ziffer V «Eröffnung» statt im Rahmen des Verfügungsdispositivs (Ziffer IV) verlegt.

Die Beschwerdeführenden sind anwaltlich vertreten und konnten die Verfügung trotz dieser Mängel korrekt anfechten. Insoweit ist ihnen kein weiterer Nachteil entstanden, der bei der Kostenverlegung zusätzlich berücksichtigt werden müsste.²⁰

¹⁸ BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 9 bis 11

¹⁹ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21 und 39

²⁰ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 22

3. Sachverhalt; Besitzstand; Vertrauensschutz

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die im Gewässerraum vorgenommene Terrainveränderung sei konform mit der Baubewilligung. Eine Veränderung des Bachufers sei nicht erfolgt. Dort entspreche die heutige Ausgestaltung nach wie vor dem gewachsenen Terrain. Deshalb sei eine Absprache mit dem TBA gemäss der Auflage nicht nötig gewesen. Die Terrainveränderung sei bei Abnahme des Schnurgerüstes ersichtlich gewesen. Die Umgebungsgestaltung (Mauer, Wildzaun und Schotterweg) sei ab Herbst 2002 erfolgt und bei der Bauabnahme im April 2003 abgeschlossen gewesen; einzig die Bepflanzung habe noch gefehlt. Der Zaun sei bei der Baukontrolle nicht beanstandet worden. Er diene der Sicherheit, insbesondere sollten Kinder und Haustiere vor den Gefahren durch das Gewässer geschützt werden.

b) Die streitige Anordnung betrifft einzig den Zaun. Ausführungen zu Terrainveränderungen erübrigen sich.

c) Im Gewässerraum erstellte Anlagen sind in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt, sofern sie rechtmässig erstellt wurden und bestimmungsgemäss nutzbar sind (Art. 41c Abs. 2 GSchV). Der Bestandesschutz gilt nur für formell rechtmässige Bauten.²¹ Formell rechtmässig ist eine Baute, wenn sie rechtskräftig bewilligt worden ist oder wenn sie ohne Bewilligung erstellt werden durfte.

Nach Angaben der Beschwerdeführenden ist der Zaun 1,20 m hoch und wurde zwischen 2002 und 2003 erstellt. Damals war das Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau vom 14. Februar 1989 (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11) bereits in Kraft und statuierte für nahe an Gewässern erstellte Anlagen eine wasserbaupolizeiliche Bewilligungspflicht. Der Zaun hätte demnach zumindest einer Wasserbaupolizeibewilligung bedurft. Ohne Bewilligung kann er nicht als rechtmässig erstellt gelten.

Das Rechtsamt hat den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 23. September 2024 die Möglichkeit eingeräumt, sich zu diesen Überlegungen äussern. Die Beschwerdeführenden anerkennen mit Stellungnahme vom 19. November 2024, dass der Zaun einer Wasserbaupolizeibewilligung bedurft hätte. Sie sind aber der Ansicht, dass der Zaun Gegenstand der Baubewilligung vom 20. August 2001 gebildet habe und infolge Bewilligung durch die zuständige Baubewilligungsbehörde als rechtmässig gelten müsse.

d) Die Beschwerdeführenden haben auf Aufforderung des Rechtsamtes hin Kopien der Pläne zur Baubewilligung vom 20. August 2001 eingereicht («Grundriss Erdgeschoss» vom 8. Juni 2001, «Grundriss Obergeschoss» vom 8. Juni 2001 sowie «Fassaden/Schnitte» vom 11. Mai 2001). Auf diesen Plänen ist der Zaun nirgends eingetragen.

Das Rechtsamt hat den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 23. September 2024 mitgeteilt, es gehe gestützt auf die eingereichten Pläne in vorläufiger, summarischer Einschätzung davon aus, dass der Zaun ohne Bewilligung erstellt worden sei, denn er sei auf den Bauplänen nicht eingetragen und habe folglich nicht Gegenstand der Baubewilligung vom 20. August 2001 gebildet. Der Zaun gelte demnach nicht als rechtmässig erstellt, so dass kein Anspruch auf Besitzstand erhoben werden könne.

Die Beschwerdeführenden haben den Plan «Fassaden/Schnitte» erst nachträglich zu dieser Einschätzung des Rechtsamtes eingereicht, nachdem das Rechtsamt darauf aufmerksam gemacht hatte, dass diese Plandarstellung wohl versehentlich nicht eingereicht worden sei. Der Plan «Fas-

²¹ Urteil des Bundesgerichts 1C/22/2019, 1C_476/2019 vom 6. April 2020 E. 8.2

saden/Schnitte» ändert an der Einschätzung nichts: Auch auf diesem Plan ist der Zaun nicht eingetragen.

Die Beschwerdeführenden halten gemäss Stellungnahme vom 19. November 2024 an ihrer Auffassung fest, wonach der Zaun Gegenstand der Baubewilligung vom 20. August 2024 gebildet habe und mit dieser rechtmässig bewilligt worden sei. Im Baubewilligungsverfahren sei die beabsichtigte Gartengestaltung thematisiert worden und der Baubewilligungsbehörde sei die geplante Lage des Zauns bekannt gewesen. Die Beschwerdeführenden seien nicht auf die Notwendigkeit einer Ausnahmegewilligung hingewiesen worden. Sie seien daher in gutem Glauben davon ausgegangen, dass die Gartengestaltung inkl. Zaun von der Baubewilligung umfasst sei.

Die Beschwerdeführenden anerkennen, dass es im Baubewilligungsverfahren ihre Sache war, vollständige und widerspruchsfreie Pläne einzureichen.²² Sie vertreten die Auffassung, dass nicht habe erwartet werden können, dass sie auf einem Plan im Massstab 1:100 einen Wildzaun einzeichnen würden. Hätten jedoch die Beschwerdeführenden den Zaun zum Gegenstand ihres Baugesuchs machen wollen, so hätten sie den Plan beispielsweise mit einer Detailansicht des Zauns ergänzen können, verbunden mit einer Darstellung des Zaunverlaufs beispielsweise auf einem Umgebungsplan. Jedenfalls war es an den Beschwerdeführenden, im Baugesuch und auf den Plänen alle Elemente des Bauvorhabens, die von der Baubewilligung gedeckt werden sollten, zu umschreiben und darzustellen. Nur was aus den Baugesuchsunterlagen und den Plänen unmissverständlich hervorgeht, kann bewilligt werden und hat an der Rechtskraft der Baubewilligung teil. Im Hinblick auf Elemente, die auf den Plänen fehlen, kann sich die Bauherrschaft nicht auf die Baubewilligung berufen.²³

Möglicherweise sind die Beschwerdeführenden im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens in Unkenntnis der wasserbaupolizeilichen Bewilligungspflicht davon ausgegangen, dass der Zaun bewilligungsfrei erstellt werden könne und aus diesem Grund nicht in den Baugesuchsplänen eingetragen werden müsse. Auch in diesem Fall gilt aber, dass nicht bewilligt worden ist, was nicht zur Bewilligung beantragt wurde.

e) Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Zaun formell rechtswidrig erstellt wurde. Der Besitzstandsanspruch nach Art. 41c Abs. 2 GSchV kann nicht beansprucht werden.

f) Die Beschwerdeführenden berufen sich darauf, dass der Zaun bei der Baukontrolle und auch seither während langen Jahren nicht beanstandet worden sei.

Die Baukontrolle für das am 20. August 2001 bewilligte Projekt wurde am 29. April 2003 durchgeführt.²⁴ Die Gemeinde hat die Ergebnisse dieser Baukontrolle in einem Formular «Baukontrollen» festgehalten. In den Vorakten findet sich auch eine auf 4. Juni 2003 datierte Checkliste «Energie-technische Baukontrolle». Diese bezieht sich nur auf den Wärme- und Kälteschutz sowie die Haustechnik und ist hinsichtlich des Zauns ohne Belang.

Die Beschwerdeführenden haben Rechnungen eingereicht, welche beweisen oder zumindest glaubhaft machen sollen, dass der Zaun im Zeitpunkt der Baukontrolle bereits Bestand hatte und somit Gegenstand der Kontrolle bzw. der Bauabnahme bildete.

Die als Beschwerdebeilage 7 eingereichten Rechnungen vom 30. Dezember 2003 und vom 16. März 2003 betreffen hauptsächlich Erdarbeiten. Auf der Rechnung vom 16. März 2003 ist ver-

²² Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 34/34a N. 19a

²³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 34/34a N.

²⁴ Vorakten pag. 35

merkt: «Die Arbeiten sind zur Zeit unterbrochen und werden ca. Mitte April fortgesetzt». Eine weitere Rechnung vom 24. Mai 2003 betrifft vornehmlich Bepflanzungen. Der Zaun bildet Gegenstand einer Rechnung vom 9. Juni 2003 (Beschwerdebeilage 8). Auf dieser Rechnung wird nicht erwähnt, in welchem Zeitraum der Zaun erstellt wurde. Die Beschwerdeführenden haben auch die Leistungsabrechnung eines Landschaftsarchitekten eingereicht, welche Leistungen bis 31. Mai 2003 umfasst (Beschwerdebeilage 9). Den Beschwerdebeilagen 7-9 lässt sich nicht zuverlässig entnehmen, ob der Zaun anlässlich der Baukontrolle vom 29. April 2003 bereits Bestand hatte.

Auf dem in den Vorakten befindlichen Formular «Baukontrollen»²⁵ ist in der Kategorie «Umgebung» die Rubrik «Zugangswege» als «i.O.» angekreuzt und mit dem Datum 29. April 2003 versehen. Die weiteren Umgebungs-Rubriken «Abstellplätze», «Gartengestaltung» und «Kehrichtplatz» sind nicht angekreuzt (weder als «i.O.» noch als «nicht i.O.»). Dazu ist vermerkt: «Wird Sommer 03 erstellt». Demnach konnte die Ausführung der Umgebungsarbeiten bei der Besichtigung am 29. April 2003 noch nicht in allen Teilen kontrolliert werden. Der streitige Zaun ist nicht als kontrolliert vermerkt.

Es ist somit nicht nachgewiesen, dass hinsichtlich des Zauns eine vorbehaltlose Bauabnahme erfolgt ist.

Im Hinblick auf den Besitzstand spielt dies ohnehin keine Rolle. Selbst eine vorbehaltlose Bauabnahme vermöchte eine fehlende Baubewilligung nicht zu ersetzen.²⁶ Eine erfolgte Bauabnahme würde also nichts daran ändern, dass der Zaun formell rechtswidrig ist und die Beschwerdeführenden diesbezüglich keinen Bestandesschutz beanspruchen können. Wie in Erwägung 4c zu zeigen sein wird, kann aus einer allfälligen Abnahme des Zauns bei einer Baukontrolle auch kein Anspruch auf Vertrauensschutz abgeleitet werden.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Bei formell rechtswidrigen Eingriffen in den Gewässerbereich ist gemäss Art. 46 Abs. 1 WBG die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innert angemessener Frist anzuordnen und gleichzeitig die Ersatzvornahme anzudrohen. Mit der formell rechtswidrigen Erstellung eines Zauns in Gewässernähe besteht Anlass für eine solche Anordnung. Es kann offen bleiben, ob mit der Erstellung des Zauns zusätzlich gegen eine Auflage der Baubewilligung vom 20. August 2001 verstossen wurde oder nicht.

Eine Anordnung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen.

b) Die Beschwerdeführenden erheben einen Anspruch auf Vertrauensschutz, da der Zaun während langen Jahren nicht beanstandet worden sei, obwohl er der Schwellengemeinde bei den Unterhaltsarbeiten sicherlich aufgefallen sei. Sie erachten es als rechtsmissbräuchlich, nach so langer Zeit eine Wiederherstellung auf Kosten der Beschwerdeführenden zu verlangen.

c) Mit der eingereichten Rechnung vom 9. Juni 2003 (Beschwerdebeilage 8) kann als nachgewiesen gelten, dass der Zaun vor dem 9. Juni 2003 erstellt wurde. Eine explizite Beanstandung erfolgte offenbar erst im Zuge des hier streitigen erstinstanzlichen Verfahrens. Dabei waren seit Erstellung des Zauns rund 19 Jahre vergangen.

²⁵ Vorakten pag. 35

²⁶ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 45 N. 6

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV²⁷). Daraus wird der Grundsatz des Vertrauensschutzes abgeleitet, welcher besagt, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden.²⁸ Das auf solchem behördlichem Verhalten gründende Vertrauen wird geschützt, sofern die betroffenen Privaten gestützt darauf Dispositionen getätigt haben und dem Vertrauensschutz kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht.²⁹

In gewissen Fällen kann auch durch behördliche Untätigkeit bzw. das Dulden rechtswidriger Zustände eine Vertrauensgrundlage geschaffen werden.³⁰ Ob die Voraussetzungen dafür hier erfüllt sind, kann offen bleiben, weil dem Vertrauensschutz jedenfalls ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht.

Die in den Vorakten enthaltenen Fotografien³¹ zeigen anschaulich, dass die mit dem Zaun geschaffene Begrenzung entlang des Bachlaufs eine erhebliche Hinderniswirkung hat und damit den Gewässerunterhalt erschwert. Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, dass die Schwellengemeinde am Bachufer Bepflanzungen vorgenommen habe, welche den maschinellen Gewässerunterhalt ebenfalls erschwerten. Die Hinderniswirkung eines Zauns ist allerdings grösser als diejenige von Sträuchern oder Bäumen. Zudem erfüllen Sträucher und Bäume im Hinblick auf den Gewässerunterhalt einen sinnvollen Zweck, indem sie das Gewässer beschatten und es damit vor Pflanzenwachstum in der Sohle und daraus resultierender Ablagerung vom Schwemmmaterial schützen.³² Das Vorhandensein von Anpflanzungen der Schwellengemeinde ändert daher nichts an der Erkenntnis, dass der streitige Zaun den Gewässerunterhalt erschwert und daher aus Sicht des Gewässerschutzes ein öffentliches Interesse daran besteht, dass der Zaun beseitigt wird.

Auch bei kleinen Gewässern dient der Gewässerunterhalt u.a. dem Schutz von Personen und erheblichen Sachwerten vor Wassergefahren (vgl. Art. 2 und Art. 7 WBG). Zudem liegt er im Interesse des Natur- und Landschaftsschutzes. Das öffentliche Interesse an der Zugänglichkeit des Oberspachgraben für Zwecke des Gewässerunterhalts ist daher gewichtig. Die Möglichkeit einer Übertragung des Unterhalts an den Anstösser (vgl. Art. 10 Abs. 2 WBG) relativiert das öffentliche Interesse an der Zugänglichkeit des Gewässers nicht, da der Zaun auch die Anstösser in der Erfüllung der Unterhaltungspflicht behindern würde.

Im Verhältnis zum erheblichen öffentlichen Interesse fällt das private Vertrauensinteresse der Beschwerdeführenden kaum ins Gewicht. Ein Vertrauensinteresse kann nach dem Gesagten nur insoweit geltend gemacht werden, als gestützt auf das behördlich geweckte Vertrauen Dispositionen getätigt wurden, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Dies wäre namentlich dann der Fall, wenn gestützt auf behördliche Auskünfte oder auf ein Erwartungen erweckendes behördliches Verhalten bestimmte Investitionen vorgenommen wurden.³³ Hier wurde aber die Investition in den Zaun getätigt, bevor die Behörden durch dessen langjährige Duldung Erwartungen wecken konnten. Auch die von den Beschwerdeführenden behauptete Abnahme des Zauns bei einer Baukontrolle hätte erst nach der Erstellung des Zauns erfolgen können. Die Kosten für die Errichtung des Zauns (gemäss Beschwerdebeilage 8 rund CHF 10'500.–)

²⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²⁸ Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, N. 624

²⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 659 ff.

³⁰ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 651

³¹ Vorakten pag. 20 ff.

³² Vgl. Vorakten pag. 28 unten; Wegleitung Gewässerunterhalt des TBA vom 14. September 2018, abrufbar unter <<https://www.bvd.be.ch/de/start/dienstleistungen/dienstleistungen-im-bereich-wasserbau-und-gewaesserunterhalt/gewaesserunterhalt--finanzierung--rechtliche-grundlagen-und-weit.html>> S. 18

³³ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 659

sind daher bei der Abwägung zwischen Vertrauensinteresse der Beschwerdeführenden und entgegenstehendem öffentlichem Rechtsdurchsetzungsinteresse nicht zu berücksichtigen. Sonstige Dispositionen, die die Beschwerdeführenden im Vertrauen auf die Duldung des Zauns getätigt haben könnten (bspw. vorgenommene Reparaturen des Zauns), dürften sich in bescheidenem Rahmen halten. Sie wiegen weniger schwer als das Interesse am ungehinderten Gewässerzugang.

Demnach können die Beschwerdeführenden keinen Anspruch auf Vertrauensschutz geltend machen.

d) Die Beschwerdeführenden beanstandeten, dass in der angefochtenen Verfügung keine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen worden sei. Es müsse berücksichtigt werden, dass vom Oberspachgraben keine Hochwassergefahr ausgehe. Der Zaun verändere den Bach nicht und beeinflusse somit weder den Hochwasserschutz noch den Schutz des Bachs als Lebensraum oder die Wassernutzung. Mit dem Zaun werde zudem der Zugang zum Gewässer nicht gänzlich vereitelt, sondern nur erschwert. Die Schwellengemeinde habe bei den Unterhaltsarbeiten in den vergangenen 20 Jahren lediglich das Gerinne abgestochen und die Böschung gemäht; diese Arbeiten seien von Hand erledigt worden und trotz des Zauns möglich gewesen. Eine Entfernung des Zauns würde diese Art Arbeit nicht erleichtern. Der Zaun diene den Beschwerdeführenden als Absicherung für Kinder und Haustiere gegenüber den Gefahren durch das Gewässer. Ihr Interesse an dem Zaun sei entsprechend gross.

Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, wenn sie nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist (Erforderlichkeit) und wenn die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht (Zumutbarkeit).³⁴

Gemäss den wasserbaurechtlichen Grundlagen soll der Zugang zum Gewässer möglichst ungehindert erfolgen können (vgl. Art. 39a Bst. b WBV³⁵ i.V.m. Art. 48 Abs. 3 WBG). Der oder die Wasserbaupflichtige soll also möglichst ohne Hindernisse zum Gewässer gelangen können, um dort insbesondere die nötigen Unterhaltsarbeiten auszuführen. Der streitige Zaun stellt ein offenkundiges Hindernis für den Zugang dar und die angeordnete Entfernung des Zauns ist daher zweifellos geeignet und auch erforderlich, um das Ziel des möglichst ungehinderten Gewässerzugangs zu erreichen. Die im Subeventualstandpunkt beantragte Übertragung der Unterhaltungspflicht auf die Beschwerdeführenden stellt keine sinnvolle Alternative zum Rückbau des Zauns dar. Dies gilt auch für den Subeventualantrag, wonach auf einen Rückbau des Zauns verzichtet und die Beschwerdeführenden dazu verpflichtet werden sollen, die damit anfallenden Mehrkosten mit einem jährlichen Entgelt zu tilgen. Ohne Rückbau des Zauns kann das Ziel des ungehinderten Gewässerzugangs nicht erreicht werden. Die Rückbauanordnung ist daher geeignet und auch erforderlich.

Damit stellt sich noch die Frage der Zumutbarkeit. Sicherheitsvorkehrungen für Kinder und Haustiere gegenüber dem Gewässer könnten auch mit Massnahmen ausserhalb des Gewässerraums umgesetzt werden, was die Beschwerdeführenden in ihrer Stellungnahme vom 19. November 2024 auch anerkennen. Das private Interesse der Beschwerdeführenden an der Beibehaltung des bestehenden, unbewilligten Zauns ist daher zu relativieren. Es wiegt nicht so schwer, dass den Beschwerdeführenden die Entfernung des Zauns nicht zugemutet werden könnte.

³⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

³⁵ Wasserbauverordnung vom 15. November 1989 (WBV; BSG 751.111.1)

e) Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, dass auch bei nachbarlichen Grundstücken die Zugänglichkeit des Gewässers durch Bäume, Sträucher, Mauern und nahe am Gewässer stehende Gebäude eingeschränkt sei. Darauf muss nicht näher eingegangen werden, da die Beschwerdeführenden keinen substantiierten Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht erheben.

f) Der streitigen Wiederherstellungsanordnung stehen somit weder der Vertrauensgrundsatz noch das Verhältnismässigkeitsprinzip entgegen. Sie ist zu bestätigen.

5. Nachträgliches Baugesuch

a) Die Beschwerdeführenden beantragen in ihrer Stellungnahme vom 19. November 2024, dass ihnen im Falle der Bestätigung der Wiederherstellungsanordnung die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs eingeräumt werden solle. Sie führen dazu aus, dass sie bei der Vorinstanz eine sachliche Auseinandersetzung vermisst und sich dadurch vor den Kopf gestossen gefühlt hätten. Nachdem das Rechtsamt der BVD eine summarische Einschätzung zum rechtlichen Gehör unterbreitet habe, sähen sie sich nun zur Beantragung der Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs veranlasst.

b) Beschwerdeanträge müssen grundsätzlich innerhalb der Rechtsmittelfrist gestellt werden (Art. 33 Abs. 3 VRPG). Ob hier etwas anderes gilt, weil im Beschwerdeverfahren zunächst die Verletzung der Begründungspflicht geheilt werden musste, kann offen bleiben. Die BVD könnte den allenfalls zu Unrecht unterbliebenen Hinweis auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs auch von Amtes wegen nachholen (Art. 20a VRPG, Art. 73 Abs. 1 VRPG e contrario).

c) Gemäss Art. 46 Abs. 2 Bst. d WBG wird eine wasserbaurechtliche Wiederherstellungsverfügung ausser Kraft gesetzt, wenn innert 30 Tagen seit Eröffnung der Wiederherstellungsverfügung ein Gesuch um nachträgliche Bewilligung eingereicht wird. Darauf ist in der Wiederherstellungsverfügung hinzuweisen. Nach heute geltendem Recht wäre eine Baubewilligung erforderlich (Art. 7 Abs. 2 BewD³⁶). Für eine nachträgliche Bewilligung wäre das Baubewilligungsverfahren das Leitverfahren, und die wasserbaupolizeilichen Aspekte wären im Baubewilligungsverfahren zu koordinieren (Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 KoG³⁷). Der Hinweis auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs kann unterbleiben, wenn ein allfälliges Gesuch um nachträgliche Baubewilligung aussichtslos wäre.³⁸

Hier liegt ein solcher Fall vor. In einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren wäre u.a. zu prüfen, ob eine Wasserbaupolizeibewilligung erteilt werden kann. Dies würde nach geltendem Recht voraussetzen, dass der Gewässerunterhalt nicht beeinträchtigt wird (Art. 48 Abs. 3 WBG). Eine Beeinträchtigung liegt u.a. vor, wenn der Zugang zum Gewässer behindert wird (Art. 39 Bst. b WBV). Auch nach dem Recht, das im Zeitpunkt der Errichtung des Zauns in Kraft stand, setzte die Erteilung einer Wasserbaupolizeibewilligung voraus, dass der nötige Zugang zum Gewässer nicht behindert wird (Art. 48 Abs. 3 Bst. b aWBG in der Fassung vom 14. Februar 1989). Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Wasserbaupolizeibewilligung sind demnach hier nicht erfüllt, denn der Zaun behindert den Gewässerzugang und beeinträchtigt damit den Gewässerunterhalt. Nach den unverändert gebliebenen Art. 48 Abs. 4 und 5 WBG könnte unter bestimmten Voraussetzungen eine wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung gewährt und damit verknüpft werden, dass die Begünstigten die Mehrkosten tragen, die durch die Ausübung der Ausnahmebe-

³⁶ Dekret über das Baubewilligungsverfahren vom 22 März 1994 (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

³⁷ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

³⁸ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 13 d mit Hinweisen auf die Praxis

willigung entstehen. Eine solche Möglichkeit wurde im erstinstanzlichen Verfahren erörtert.³⁹ Eine wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung kommt aber nach Art. 48 Abs. 4 WBG nur in Frage, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Vorliegend ist kein wichtiger Grund dafür ersichtlich, dass eine Ausnahmegewilligung gewährt wird. Wie erwähnt, können die Beschwerdeführenden auch mit Massnahmen ausserhalb des Gewässerraums für die Sicherheit von Kindern und Haustieren sorgen. Ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung wäre somit auch unter Einbezug eines allfälligen Gesuchs um Gewährung einer wasserbaupolizeilichen Ausnahmegewilligung aussichtslos.

Im erstinstanzlichen Verfahren wurde auch ein entfernbarer Steckzaun als allfällige Alternative erwähnt.⁴⁰ Ein Gesuch um Bewilligung eines entfernbaren Steckzauns würde kein nachträgliches Baugesuch zum bestehenden, fest verankerten Zaun darstellen. Entsprechend stellt sich hier die Frage nicht, ob ein Baugesuch betreffend Ersatz des vorhandenen Zauns mit einem Steckzaun Aussicht auf Erfolg hätte.

Dementsprechend kann darauf verzichtet werden, die vorinstanzliche Verfügung mit einem Hinweis auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs zu ergänzen.

6. Ergebnis und Kosten

a) Nach dem Gesagten beanstanden die Beschwerdeführenden zu Recht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. der Begründungspflicht. Die Gehörsverletzung konnte im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Sie darf aber für die Beschwerdeführenden keine Nachteile zeitigen und ist daher bei der Kostenverlegung angemessen zu berücksichtigen.⁴¹ Die materiellen Rügen der Beschwerdeführenden haben sich als unbegründet erwiesen. Die angefochtene Verfügung ist daher zu bestätigen.

b) Die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁴²). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebietet eine andere Verlegung oder die besonderen Verhältnisse rechtfertigen, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

Angesichts des Verfahrensergebnisses und der im Beschwerdeverfahren erfolgten Heilung der Gehörsverletzung rechtfertigt es sich, den Beschwerdeführenden die Verfahrenskosten zur Hälfte, d.h. im Umfang von CHF 900.–, aufzuerlegen. Die übrigen Verfahrenskosten trägt der Kanton (Art. 108 Abs. 2 i.v.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a VRPG).

c) Als unterliegende Partei haben die Beschwerdeführenden grundsätzlich ihre Parteikosten selbst zu tragen. Von diesem Prinzip kann abgewichen werden, wenn besondere Umstände vorliegen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Insbesondere kann bei prozessualen Fehlleistungen eine Entschädigung trotz Unterliegens geboten sein, beispielsweise wenn eine Partei Beschwerde erheben musste, um ihre grundlegenden Verfahrensansprüche durchzusetzen.⁴³ Hier liegen solche besondere Umstände vor, da der Gehörsanspruch der Beschwerdeführenden durch die ungenügende Begründung der angefochtenen Verfügung verletzt wurde und die Beschwerdeführenden ihren

³⁹ Vorakten pag. 15 oben

⁴⁰ Vorakten pag. 15 oben

⁴¹ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 21

⁴² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

⁴³ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 39

Gehörsanspruch im Beschwerdeverfahren durchsetzen mussten. Es rechtfertigt sich, den Beschwerdeführenden den hälftigen Ersatz ihrer Parteikosten durch das TBA zuzusprechen.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden macht als Parteikosten ein Honorar von CHF 3833.30, Auslagen von CHF 119.30 und die Mehrwertsteuer von CHF 320.15 geltend. Insgesamt ergibt sich damit ein Betrag von CHF 4272.75. Er führt zudem an, dass die Gebühr für die erstinstanzliche Verfügung in Höhe von CHF 240.– bereits bezahlt worden sei, nachdem die Beschwerdeführenden vom TBA dafür gemahnt worden seien. Die erstinstanzliche Gebühr wird mit dem vorliegenden Entscheid nicht aufgehoben. Ihre Begleichung ist im Rahmen des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen. Massgebend sind somit Parteikosten im Betrag von CHF 4272.75 (Honorar, Auslagen und Mehrwertsteuer). Davon hat das TBA den Beschwerdeführenden die Hälfte, d.h. CHF 2136.40, zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des Tiefbauamtes des Kantons Bern (TBA) vom 11. März 2024 wird bestätigt.
2. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten im Betrag von CHF 900.– zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Das Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA) hat den Beschwerdeführenden Parteikosten im Betrag von CHF 2136.40 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt E. _____, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurkreis IV (TBA OIK IV), eingeschrieben
- Gemeinde Rüderswil, zur Kenntnis
- Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), im Haus, zur Kenntnis

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 3 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.