



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2020/168

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 18. Juni 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Lüscherz, Gemeindeverwaltung, Hauptstrasse 19,
2576 Lüscherz

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Lüscherz vom 24. August
2020 (Baugesuch Nr. 497 - 05/2017/A; Stützmauer)

I. Sachverhalt

1. Am 16. Mai 2018 erteilte die Gemeinde Lüscherz den Beschwerdeführenden die Baubewilligung für den Neubau eines Einfamilienhauses auf Parzelle Lüscherz Grundbuchblatt Nr. G._____. Die Parzelle liegt am Hang und ist der gemischten Wohn- und Arbeitszone WA zugeordnet. Bei der Baukontrolle stellte die Gemeinde Abweichungen von den bewilligten Plänen fest. Unter anderem hatten die Beschwerdeführenden entlang der Zufahrtsstrasse eine Aufschüttung mit Stützmauern erstellt. Damit wird der Eingang zur Wohnung von oben her erschlossen statt mit einer Aussentreppe vom Vorplatz her. Im Untergeschoss wurde eine zusätzliche 2 ½-Zimmerwohnung eingebaut. Mit Schreiben vom 14. Februar 2019 eröffnete die Gemeinde ein Wiederherstellungsverfahren. Die Beschwerdeführenden reichten für den Einbau der Einliegerwohnung und die geänderte Umgebungsgestaltung ein nachträgliches Baugesuch ein. Obwohl sie der Auffassung waren, dass die Bestimmungen des Baureglements über Stützmauern in ihrem Fall nicht anwendbar seien, reichten sie ein Ausnahmegesuch für das Stützmauerbauwerk ein. Gegen das Vorhaben gingen Einsprachen ein.

2. Mit Entscheid vom 24. August 2020 («Nachträgliche Baubewilligung / Teilbauabschlag / Wiederherstellungsverfügung») bewilligte die Gemeinde den Einbau der Einliegerwohnung im Untergeschoss (Ziff. 4 Bst. f) und verfügte eine im Grundbuch anzumerkende Nutzungseinschränkung als Erstwohnung (Ziff. 4 Bst. g). Für die Stützmauer «an der zukünftigen Detailerschliessungsstrasse» verweigerte sie die Ausnahmegewilligung (Ziff. 4 Bst. c) und verfügte die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wie folgt (Ziff. 4 Bst. d):

«Die widerrechtlich erstellte Stützmauer ist innert 90 Tagen nach Rechtskraft dieses Bauentscheids abzureissen und von der Strasse so zurückzusetzen, dass das Lichtraumprofil eingehalten wird. Die maximal in Erscheinung tretende Höhe der Mauer ist auf 1,20 m zu beschränken. Höhere Aufschüttungen sind mit abgetreppten Stützmauern gemäss Gemeindebaureglement oder mittels Böschungen aufzufangen.»

Gleichzeitig wies die Gemeinde darauf hin, dass für die Neuerstellung der Mauern eine separate Baubewilligung beantragt werden müsse, sofern sie die Höhe von 1,20 m ab massgebendem Terrain überschritten (Ziff. 4 Bst. e).

3. Gegen diesen Entscheid reichten die Beschwerdeführenden am 25. September 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen, der Entscheid der Gemeinde sei insoweit aufzuheben, als das Baugesuch für die Stützmauer mit aufgesetztem Geländer abgewiesen und der Abbruch der Stützmauer mit Geländer sowie deren Rückversetzung angeordnet werde. Für die Stützmauer mit aufgesetztem Geländer sei ihnen die Baubewilligung zu erteilen. Die Beschwerdeführenden machen insbesondere geltend, dass es sich um eine Privatstrasse oder private Hauszufahrt handle, bei der die Bestimmungen des Strassengesetzes nicht anwendbar seien. Die kommunalen Vorschriften über Stützmauern seien ebenfalls nicht anwendbar, da sich die Stützmauern nicht auf der Parzellengrenze befänden. Gegebenenfalls sei das Vorhaben gestützt auf das Ausnahmegesuch bewilligungsfähig. Der verfügte Abbruch der Stützmauern sei in verschiedener Hinsicht nicht verhältnismässig, es bestünden mildere Massnahmen.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde äusserte sich mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2020, ohne einen expliziten Antrag zu stellen.

5. Mit Verfügung vom 28. Dezember 2020 teilte das Rechtsamt den Beteiligten seine vorläufige, summarische Einschätzung mit, wonach es sich bei der Zufahrtsstrasse um eine neue öffentliche Detailerschliessungsstrasse handle und dass in diesem Fall Art. 37 GBR² («Stützmauern gegenüber öffentlichen Strassen») zur Anwendung komme. Es sei davon auszugehen, dass Art. 37 GBR hinsichtlich der Höhe und Staffelung nicht eingehalten sei. Das Rechtsamt gehe weiter davon aus, dass der Zaun bei der Höhe anzurechnen sei. Gemäss Auskunft der Gemeinde sei für die neue Zufahrtsstrasse kein Baugesuch eingereicht worden, so dass noch keine rechtmässig bewilligte Zufahrtsstrasse bestehe. Der Teil der Zufahrtsstrasse, der heute faktisch über einen Teil der Parzelle Nr. G. _____ verlaufe, sei in diesem Fall nicht bewilligt, ebenso wenig ein direkter Strassenanschluss von der Parzelle Nr. G. _____ auf die Strasse A. _____. Das Rechtsamt gehe davon aus, dass im vorliegenden Verfahren nicht mit dem Entscheid abgewartet werden könne, bis die Zufahrtsstrasse rechtmässig bewilligt sei, da es sich um ein Wiederherstellungsverfahren handle. Das Baugesuch für die Zufahrtsstrasse könne

¹ 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)

² Bau- und Nutzungsreglement der Einwohnergemeinde Lüscherz, vom Amt für Gemeinden und Raumordnung genehmigt am 15. März 2011

zudem nicht allein von den Beschwerdeführenden eingereicht werden, weil an der als Zufahrt vorgesehenen Parzelle Nr. B. _____ gemeinschaftliches Eigentum bestehe und der weitere Strassenverlauf über fremdes Eigentum führe (Parzelle Nr. P. _____).

Das Rechtsamt gab den Parteien Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Die Beschwerdeführenden erhielten Gelegenheit, eine Projektänderung einzureichen.

6. Die Gemeinde teilte mit Eingabe vom 25. Januar 2021 mit, nach ihrer Beurteilung wäre für den ursprünglichen Neubau des Einfamilienhauses mit Einfahrt in die Doppelgarage keine neue Zufahrtsstrasse nötig gewesen. Mit dem direkten Anschluss an die Gemeindestrasse A. _____ sei das ursprünglich beantragte Bauvorhaben als genügend erschlossen beurteilt worden.

Mit Stellungnahme vom 16. Februar 2021 hielten die Beschwerdeführenden insbesondere fest, es müsse Klarheit darüber herrschen, ob die Parzelle an eine öffentliche Strasse angrenze oder an nachbarlichen Grund, weil das GBR dafür bei Stütz- und Futtermauern unterschiedliche Bestimmungen enthalte. Eine bloss vorfrageweise Beurteilung dieses Punktes sei weder möglich noch zulässig, weil eine allfällige Wiederherstellungsfolge unterschiedlich sei. Selbst wenn dies zulässig wäre, würden damit Details wie der Verlauf des Fahrbahnrandes, der für die Abstandsmessung relevant sei, noch nicht feststehen. Eine Projektänderung sei bei dieser Ausgangslage nicht möglich. Das Beschwerdeverfahren sei zu sistieren, bis die Lage der Detailerschliessungsstrasse rechtskräftig festgelegt sei. Nach ihrer Auffassung seien weder Art. 36 noch Art. 37 GBR anwendbar.

7. Das Rechtsamt erwog, die Wiederherstellungsanordnung der Gemeinde durch folgende Massnahmen zu ersetzen und gab den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich dazu zu äussern:

- 1) Stützmauer entlang der Zufahrtsstrasse (Nord-Süd-Richtung):
 - a) Bei der Stützmauer entlang der Zufahrtsstrasse ist die maximal in Erscheinung tretende Höhe der Mauer (inkl. auf der Mauer befestigtem Geländer bzw. Zaun) auf 1,50 m zu reduzieren.
 - b) Höhere Aufschüttungen sind mit abgetreppten Stützmauern gemäss Art. 37 Gemeindebaureglement (2 m Abstand) oder mittels Böschungen aufzufangen.
 - c) Es ist eine Absturzsicherung nach SIA 358 anzubringen. Sofern eine bauliche Absturzsicherung (Geländer oder Zaun) mind. 15 cm von der Hinterkante der Mauer zurückversetzt wird, wird sie nicht an die Höhe der Stützmauer angerechnet.
- 2) Das Geländer bei der quer zur Strasse gestellten Stützmauer (Ost-West-Richtung) ist mind. 15 cm von der Hinterkante der Mauer zurückzusetzen.
- 3) Die Abstände zwischen den Stufen der Stützmauer resp. eine allfällige Böschung müssen begrünt werden (kein Kies- oder Schottergarten).

Die Gemeinde teilte mit Schreiben vom 22. März 2021 mit, dass sie auf eine Stellungnahme verzichte. Die Beschwerdeführenden erklärten mit Eingabe vom 30. März 2021, dass die vorgeschlagenen Wiederherstellungsmassnahmen für sie günstiger wären als die von der Gemeinde verfügten, was im Kostenpunkt zu berücksichtigen wäre. Sie hielten aber daran fest, dass das Bauvorhaben bewilligungsfähig sei.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 ff. BauG³ können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 40 und 49 BauG). Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Die Beschwerdeführenden sind als Baugesuchsteller und Adressaten des Wiederherstellungsbefehls zur Beschwerde befugt (Art. 40 Abs. 2 BauG, Art. 65 VRPG⁴). Sie sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Vorschriften zu Stützmauern

a) Das GBR der Gemeinde Lüscherz enthält zwei Vorschriften für Stütz- und Futtermauern: Es sind dies Art. 36 «Stütz- und Futtermauern gegenüber nachbarlichem Grund» und Art. 37 «Stützmauern gegenüber öffentlichen Strassen». Die Vorschriften unterscheiden sich bezüglich der zulässigen Höhen und der Staffelung (vgl. die grafische Darstellung zur Staffelung im Anhang 10 zum GBR). Entscheidend ist demnach die Frage, ob das vorliegend umstrittene Stützmauerbauwerk gegenüber einer öffentlichen Strasse oder gegenüber nachbarlichem Grund liegt. Die Beschwerdeführenden bestreiten jedoch, dass überhaupt eine der beiden Vorschriften anwendbar ist. Dies ist vorab zu klären.

b) Die Beschwerdeführenden machen im Wesentlichen geltend, Art. 36 GBR komme nicht generell auf alle Stützmauern zur Anwendung. Die Bestimmung beziehe sich nur auf Stützmauern, deren Fuss auf der nachbarlichen Grenze stehe, was hier nicht der Fall sei. Art. 36 GBR gebe die Bestimmung von Art. 79 h EG ZGB⁵ wieder. Für Stützmauern, die nicht auf der Grenze stünden, limitiere Art. 36 GBR die Höhe nicht. Art. 37 GBR sei nicht einschlägig, weil noch keine öffentliche Strasse bestehe. Auch die Gemeinde sei von einer privaten Hauszufahrt ausgegangen. Eine spätere öffentliche Detailerschliessungsstrasse müsse zur bestehenden Stützmauer keinen Abstand einhalten.

c) Die Bestimmungen zu Stütz- und Futtermauern stehen im Kapitel IV «Gestaltung von Bauten, Anlagen und Aussenräumen» und lauten wie folgt:

«Art. 36 a) gegenüber nachbarlichem Grund

¹ Stütz- und Futtermauern von mehr als 1,20 m Höhe sind nicht gestattet.

² Stützmauern können in der Höhe gestaffelt angelegt werden, sofern sie höchstens 3 Stufen bilden und sie gemessen ab Fuss der untersten Stützmauer in einer Neigungslinie von 45° liegen.»

In der Fussnote zu Absatz 2 steht: «Messweise s. Anhang II Ziff. 10.1; vgl. auch Art. 79h EG ZGB».

«Art. 37 b) Stützmauern gegenüber öffentlichen Strassen

¹ Entlang öffentlicher Strassen darf die Höhe von Stützmauern 1,50 m nicht übersteigen.

² Stützmauern können in der Höhe gestaffelt werden, sofern sie höchstens 2 Stufen bilden und in der Horizontale gemessen einen Abstand von mind. 2 m wahren.

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

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁵ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

³ An unübersichtlichen Stellen sind Höhe und gegebenenfalls die Staffelung zur Wahrung der Mindestsichtweiten anzupassen.

⁴ Stützmauern haben gegenüber dem Fahrbahnrand, wo ein solcher vorhanden ist, gegenüber dem Gehwegrand einen Abstand von 0,50 m zu wahren.»

d) Der Sinngehalt einer Norm ist durch Auslegung zu ermitteln. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (sog. Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.⁶ Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Gemeinde bei der Anwendung ihrer eigenen Normen ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommt. Entsprechend auferlegen sich die Rechtsmittelinstanzen gegenüber der Auffassung der Gemeinde eine gewisse Zurückhaltung.⁷

e) Die Gemeinde legt ihre Vorschriften dahingehend aus, dass die Vorschriften zu Stützmauern bezüglich Höhe und Staffelung auch gelten, wenn die Stützmauern von der Parzellengrenze oder der Strasse zurückversetzt sind. Dies überzeugt. In systematischer Hinsicht stehen Art. 36 und 37 GBR unter dem Titel IV «Gestaltung von Bauten, Anlagen und Aussenräumen» und gehören dort zu den allgemeinen Vorschriften. Der allgemeine Gestaltungsgrundsatz von Art. 25 GBR verlangt, dass Bauten und Anlagen hinsichtlich ihrer Gesamterscheinung mit dem Bestehenden eine gute Gesamtwirkung ergeben. Zur Umgebungsgestaltung bestimmt Art. 35 GBR, dass die Modellierung des Terrains und die Oberflächengestaltung so auszuführen sind, dass ein harmonischer Übergang entsteht. Für Stütz- und Futtermauern werden in den nachfolgenden Art. 36 und 37 GBR eigene Regeln aufgestellt. Die Bestimmungen zu Stütz- und Futtermauern sind somit primär Gestaltungsvorschriften. Stützmauern wirken sich ästhetisch stark auf die Umgebungsgestaltung aus, weil damit Terrainveränderungen verbunden sind. Als künstlich angelegte Bauwerke treten sie augenfällig in Erscheinung. Zweck der Bestimmungen von Art. 36 und 37 GBR ist es, die Mächtigkeit von Stütz- und Futtermauern zu limitieren; einerseits indem eine maximale Höhe der einzelnen Stufe definiert wird, andererseits durch die Vorgabe einer Staffelung. Für die Anwendbarkeit von Art. 36 oder 37 GBR spielt es deshalb keine Rolle, ob sie unmittelbar an der Parzellengrenze oder der Fahrbahn stehen oder ob sie wie hier etwas zurückversetzt sind. Die Bestimmungen gelten auch für Stützmauern innerhalb des Grundstücks. Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut, steht bei Art. 36 GBR doch nichts davon, dass es sich um Stützmauern auf oder an der Parzellengrenze handeln muss. Die Formulierung "gegenüber nachbarlichem Grund" lässt offen, in welchem Abstand sie zur Grenze erstellt werden. Der Begriff «gegenüber» wird auch in der Marginalie von Art. 37 GBR verwendet («gegenüber öffentlichen Strassen»). In der Bestimmung steht «entlang öffentlicher Strassen». Weil das Lichtraumprofil von 0,5 m eingehalten werden muss, ist offensichtlich, dass mit dem Begriff «gegenüber» nicht (nur) Stützmauern gemeint sind, die direkt an der Strasse resp. einer Parzellengrenze stehen.

f) Zusammenfassend hat die Gemeinde eine Regelung erlassen, die sämtliche Stütz- und Futtermauern erfasst. Es besteht somit keine Lücke. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführenden kommt daher Art. 3 NBRD nicht zur Anwendung, welcher die nachbarrechtlichen Bestimmungen des EG ZGB über Stützmauern zu öffentlich-rechtlichen

⁶ BGE 145 II 182 E. 5.1

⁷ VGE 2019/273/275 vom 12.1.2021 E. 3.3.2

Vorschriften der Gemeinde erklärt. Mit dem Hinweis auf Art. 79h EG ZGB in der Fussnote zu Art. 36 GBR wird bloss ergänzend auf das private Nachbarrecht hingewiesen, was sich aus der Formulierung «vgl. auch Art. 79h EG ZGB» ergibt. Insoweit ist der von den Beschwerdeführenden angeführte Fall in BVR 2020 S. 416 nicht mit dem vorliegenden vergleichbar.⁸ Jene Beschwerdesache trug sich in einer Gemeinde zu, welche keine eigenen Bestimmungen über Stützmauern erlassen hatte.

g) Zusammenfassend bestehen im Baureglement der Gemeinde Lüscherz umfassende Regelungen zu Stütz- und Futtermauern. Zu prüfen ist, welche der beiden Vorschriften auf das vorliegende Stützmauerbauwerk anwendbar ist. Das umstrittene Stützmauerbauwerk verläuft mit einer Länge von rund 11,4 m entlang der Zufahrtsstrasse, die heute die Parzelle der Beschwerdeführenden und die weiter oben gelegenen Nachbarparzellen Nrn. Q._____ und P._____ erschliesst. Das untere, kürzere Eckstück des Stützmauerbauwerks steht quer zur Strasse. Entscheidend ist, ob die Stützmauer gegenüber einer öffentlichen Detailerschliessungsstrasse oder gegenüber privatem Grund bzw. einer privaten Hauszufahrt liegt.

3. Sistierungsantrag

a) Die Zufahrt zum Grundstück der Beschwerdeführenden (Nr. G._____) sowie zu den Grundstücken Nr. P._____ und Nr. Q._____ soll gemäss Dienstbarkeitsvertrag über die eigens dafür geschaffene Wegparzelle Nr. B._____ und ein weiteres Wegstück auf der Parzelle Nr. P._____ führen.⁹ Auf dem Situationsplan im Geoportal¹⁰ ist eine befestigte, rund 35 m lange Stichstrasse eingetragen, die von der Quartierstrasse A._____ abzweigt. Sie verläuft zunächst vollständig über die Parzelle Nr. B._____ (ca. 23 m) anschliessend eine kurze Strecke über die Parzelle Nr. P._____. Dies entspricht soweit dem Zustand gemäss Parzellierungsvertrag mit Dienstbarkeitserrichtung, es entspricht aber nicht dem bewilligten Zustand. Die Gemeinde teilte im Beschwerdeverfahren auf Nachfrage mit, dass für die Zufahrtsstrasse keine Baubewilligung eingeholt wurde. Es besteht demnach keine rechtmässig bewilligte Zufahrtstrasse mit einem definierten Fahrbahnrand. Soweit ersichtlich handelt es sich bei der bestehenden Zufahrtsstrasse heute faktisch um eine gekieste Fahrpiste, welche bis an die Stützmauer der Beschwerdeführenden heranreicht.¹¹

b) Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass es unter diesen Umständen zulässig ist, vorfrageweise über die Qualifikation der Zufahrtsstrasse zu entscheiden. Selbst wenn dies zulässig wäre, wären damit die erforderlichen Details wie der Verlauf des Fahrbahnrandes nicht geklärt. Sie beantragen eine Sistierung des Beschwerdeverfahrens, bis eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt.¹²

c) Das umstrittene Stützmauerbauwerk wurde bereits erstellt. Zur Beurteilung steht nicht ein ursprüngliches, sondern ein nachträgliches Baugesuch. Es steht auch fest, dass das Vorhaben den Bestimmungen von Art. 36 und 37 GBR widerspricht und nur mit einer Ausnahme bewilligt werden könnte (siehe Erwägung 5). Im Kern handelt es sich um ein Wiederherstellungsverfahren. Das öffentliche Interesse gebietet, einen unrechtmässigen Zustand nicht andauern zu lassen, sondern zügig über die nachträgliche Bewilligungsfähigkeit und im Falle des Bauabschlags über

⁸ VGE 2019/82 vom 2. Juli 2020, auszugsweise publiziert in BVR 2020 S. 416

⁹ Parzellierungsurkunde mit Dienstbarkeitserrichtung vom 21. Oktober 2016, Ziff. V, Vorakten Baubewilligung pag. 49, Beilage Nr. 4 zur Beschwerde

¹⁰ Grundstückdaten-Informationssystem GRUDIS

¹¹ Vgl. Foto in den Vorakten pag. 174; Plan Umgebung 1:100 und

¹² Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 16. Februar 2021

die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu entscheiden. Hinzu kommt Folgendes: Die Wegparzelle Nr. B. _____ steht in Miteigentum und ist als Anmerkungsgrundstück den Parzellen Nr. Q. _____, G. _____ und P. _____ zugeordnet. Ein Teilstück der Zufahrt verläuft über das private Grundstück Nr. P. _____. Das Baugesuch für die neue Zufahrtsstrasse muss von sämtlichen Grundeigentümern unterzeichnet werden. Die Beschwerdeführenden wären daher nicht allein befugt, ein Baugesuch einzureichen, was das Verfahren über Gebühr in die Länge ziehen könnte.

d) Für eine Sistierung des Beschwerdeverfahrens (Art. 38 VRPG¹³) besteht auch aus materiellen Gründen kein Anlass. Die Einhaltung der reglementarischen Anforderungen (Höhe, Staffelung) an Stützmauern und das Ausnahmegesuch haben keinen Zusammenhang mit dem Verlauf bzw. der Breite der Zufahrtsstrasse. Was den Abstand zur Strasse anbelangt, ist die Sache ausreichend liquid. Grundsätzlich sind Stützmauern im Strassenabstand (Bauverbotsbereich) nicht zulässig. Als nicht leicht entfernbare Bauten bedürfen sie einer ordentlichen Ausnahmegewilligung (Art. 80 und 81 SG¹⁴).¹⁵ Die Gemeinden sind gestützt auf Art. 80 Abs. 1 SG befugt, den Strassenabstand bei Gemeindestrassen autonom festzulegen. Zwingend einzuhalten ist nur das Lichtraumprofil von 0,5 m gemessen ab Fahrbahnrand (Art. 83 Abs. 3 SG).¹⁶ Die Gemeinde Lüscherz hat den Strassenabstand gegenüber Gemeindestrassen auf mind. 5,00 m festgelegt (Art. 24 Abs. 1 GBR). Längs Detailerschliessungsstrassen gilt für Klein- und Anbauten ein Abstand von mind. 2 m, sofern die Verkehrssicherheit gewährleistet ist (Art. 24 Abs. 2 GBR). Art. 37 GBR bestimmt für Stützmauern, dass sie das Lichtraumprofil von 0,5 m ab Fahrbahnrand einhalten müssen. Dies kann nicht anders verstanden werden, als dass für Stützmauern eine weitergehende Privilegierung gilt, indem sie keinen Strassenabstand, sondern nur das Lichtraumprofil einhalten müssen.

e) Die Wegparzelle Nr. B. _____ ist 3 m breit; gemäss Dienstbarkeitsplan gilt die gleiche Breite für das anschliessende Wegstück auf der Parzelle Nr. P. _____. Grundsätzlich gilt für neue Detailerschliessungsstrassen eine Fahrbahnbreite von 4,2 m (Art. 7 Abs. 1 BauV¹⁷). Bei besonderen Verhältnissen ist eine Herabsetzung der Fahrbahnbreite bis auf 3 m möglich (vgl. Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 7 Abs. 3 BauV). Die Zufahrtsstrasse erschliesst zwei Einfamilienhäuser und ein zukünftiges Wohnhaus. Die Gemeinde hat im Baubewilligungsverfahren das Wegrecht über die 3 m breite Wegparzelle Nr. B. _____ genügen lassen, was als Indiz gedeutet werden kann, dass vorliegend eine Strassenbreite von mindestens 3 m genügen könnte. Die Stützmauer weist gegenüber der Wegparzelle Nr. B. _____ einen Abstand von 1,20 m bis 1,10 m auf, gegenüber der Parzelle Nr. P. _____ beträgt der Grenzabstand 1,07 m (Massangabe gemäss Projektplan Umgebung). Das Lichtraumprofil von 0,5 m zum Fahrbahnrand kann eingehalten werden, wenn die neue Stichstrasse auf der Wegparzelle Nr. B. _____ und in der Fortsetzung über die Parzelle Nr. P. _____ verläuft oder sogar etwas breiter wird als 3 m. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren kann daher über die gesamte Beschwerdesache entschieden werden. Mit dem vorliegenden Entscheid wird der Sistierungsantrag gegenstandslos und ist vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben.

4. Zufahrtsstrasse

¹³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹⁴ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

¹⁵ VGE 2020/249 vom 7. April 2021 E. 2.2

¹⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 12 N. 19 und 20

¹⁷ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

a) Es ist nicht ganz klar, auf welche rechtlichen Grundlagen sich die Gemeinde im vorliegenden Fall gestützt hat. Im Baubewilligungsverfahren für das Einfamilienhaus der Beschwerdeführenden verlangte die Gemeinde nur eine Sicherstellung des Wegrechts.¹⁸ Zu Beginn des Wiederherstellungsverfahrens ging die Gemeinde zunächst von einer Privatstrasse aus, schloss aber nicht aus, dass es sich um eine öffentliche Strasse handeln könnte.¹⁹ Heute geht die Gemeinde davon aus, dass es sich bei der Zufahrt um eine (zukünftige) Detailerschliessungsstrasse handelt, die sie übernehmen muss.²⁰ Dennoch nennt sie im Entscheid explizit Art. 36 GBR («Stützmauern gegenüber nachbarlichem Grund», vgl. Dispositiv Ziff. 4 Bst. c). In der Wiederherstellungsanordnung verlangt die Gemeinde die Einhaltung des Lichtraumprofils, ordnet aber andererseits an, dass die Stützmauern maximal 1,20 m in Erscheinung treten dürften, obwohl gegenüber öffentlichen Strassen 1,50 m zulässig wären. Wenn es sich um eine öffentliche Detailerschliessung handelt, hätte sich die Wiederherstellungsanordnung auch bezüglich der zulässigen Höhe und Staffelung nach Art. 37 GBR richten müssen. Die Gemeinde hat sich im Beschwerdeverfahren nicht zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 37 GBR geäußert.

b) Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass es sich um eine private Zufahrt handle. Im Jahr 2016 seien die Parzellen Nr. G._____ und B._____ sowie die Weg- bzw. Erschliessungsparzelle Nr. B._____ (Anmerkungsparzelle in Miteigentum) abparzelliert worden. Das Erschliessungskonzept sei unter den betroffenen Grundeigentümern vertraglich geregelt worden. Die Parzelle Nr. B._____ diene den Parzellen Nr. Q._____ und P._____ als Verbindung zur öffentlichen Strasse A._____. Ihre eigene Parzelle Nr. G._____ sei hingegen direkt ab der Strasse A._____ erschlossen. Der Zufahrtsweg auf Parzelle Nr. B._____ sei weder durch die Gemeinde selber gebaut noch gestützt auf eine Vereinbarung mit der Gemeinde erstellt worden. Mit der Bewilligung des Einfamilienhauses habe die Gemeinde nicht nur die Zufahrt als private Hauszufahrt, sondern zugleich den Anschluss an die Strasse A._____ bewilligt. Die Zufahrtsstrasse sei nicht dem Gemeingebrauch gewidmet. Eine später zu erstellende öffentliche Strasse müsse zu bestehenden Bauwerken keine Abstände einhalten.

c) Die Baubewilligung für ein neues Wohnhaus setzt voraus, dass das Grundstück genügend erschlossen ist und dass die Erschliessung sichergestellt ist (vgl. Art. 7 BauG). Das BauG unterscheidet je nach ihrer Funktion im Erschliessungsnetz zwischen den Basiserschliessungsanlagen, welche aus den Hauptsträngen der Erschliessungsanlagen und den zugehörigen Einrichtungen bestehen (Art. 106 Abs. 2 Bst. a BauG), und den Detailerschliessungsanlagen, welche mehrere Grundstücke mit den Anlagen der Basiserschliessung verbinden (Art. 106 Abs. 2 Bst. b BauG). Basis- und Detailerschliessungsanlagen sind öffentliche Strassen. Davon zu unterscheiden sind die Hauszufahrten, die ein Gebäude oder eine zusammengehörige Gebäudegruppe mit dem Erschliessungsnetz verbinden. Diese sind immer privat (vgl. Art. 106 Abs. 3 BauG). Gemäss Art. 108 Abs. 1 BauG projiziert und baut die Gemeinde die Detailerschliessungsanlagen. Sie kann die Planung und Erstellung jedoch vertraglich Privaten überbinden (Art. 109 Abs. 1 BauG). Auch in diesem Fall stehen Planung und Bau der Erschliessungsanlagen unter Aufsicht der Gemeinde (Art. 109 Abs. 1 Bst. c BauG). Nach der ordnungsgemässen Erstellung gehen die Detailerschliessungsanlagen von Gesetzes wegen an die Gemeinde zu Eigentum und Unterhalt über (Art. 109 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BauG). Die rechtliche Qualifikation als öffentliche Detailerschliessung ist zwingend. Vom gesetzlichen Eigentumsübergang sind nur Anlagen

¹⁸ Vorakten pag. 23 und 26

¹⁹ Vorakten pag. 123

²⁰ Vorakten pag. 137, 166; Bauentscheid Erwägung S. 4, dispositiv Ziff. 4 Bst. c

ausgenommen, die vor dem 1. Januar 1971 erstellt oder ausgebaut worden sind, denn das damalige Gesetz sah noch keinen gesetzlichen Eigentumsübergang vor.²¹

d) Aus einer privaten Hauszufahrt wird eine öffentliche Detailerschliessung, wenn später weitere Gebäude darüber erschlossen werden. Massgebend ist der Endzustand: Soll eine Hauszufahrt weitere Parzellen erschliessen, wird sie durch diese Funktionserweiterung zu einer Detailerschliessung.²² Die Baubewilligung des Wohngebäudes auf Parzelle Nr. Q._____ datiert vom 20. August 1973,²³ es handelt sich nicht um eine altrechtliche Zufahrt. Bevor das Grundstück Nr. Q._____ in mehrere Parzellen aufgeteilt wurde, hatte die Zufahrt zum Gebäude A._____ 1 nur die Funktion einer etwas längeren Hauszufahrt. Die frühere Hauszufahrt verlief grösstenteils über die heutige Parzelle Nr. G._____ und musste für den Bau des Einfamilienhauses aufgehoben werden.²⁴ Der Verlauf der vorgesehenen Zufahrtsstrasse ist daher neu. Mit der Aufteilung des Grundstücks Nr. Q._____ und der Schaffung von zwei weiteren Bauparzellen, auf denen Wohngebäude errichtet wurden bzw. werden sollen (Parzellen Nr. G._____ und Nr. P._____), erschliesst die Stichstrasse drei Grundstücke. Die Erschliessung dieser Grundstücke gilt nicht mehr als private Zufahrt, sondern als öffentliche Detailerschliessung.²⁵

e) Die Grundeigentümer haben die neue Erschliessung nach Aussagen der Beschwerdeführenden für alle drei Parzellen gemeinsam geplant. Benachbarte Grundeigentümer sind zwar gehalten, ihre Erschliessungsanlagen aufeinander abzustimmen (Art. 7 Abs. 4 BauG). Dies bedeutet aber nicht, dass sie eine Detailerschliessungsanlage privatautonom unter sich regeln oder diese dem öffentlichen Recht entziehen können. Nach dem Willen des Gesetzgebers sind Detailerschliessungen, die nach dem 1. Januar 1971 neu entstehen, immer öffentliche Anlagen. Es ist Sache des zuständigen Gemeinwesens zu beurteilen, ob die Detailerschliessung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Vorliegend kann auch nicht von einer zusammengehörigen Gebäudegruppe im Sinne von Art. 106 Abs. 3 BauG gesprochen werden. Dafür müssten weitere Voraussetzungen erfüllt sein, wie z.B. eine gemeinsame Parkierungsanlage, ein gemeinsames Überbauungsprojekt etc. Die gemeinsame Abstimmung betrifft im vorliegenden Fall einzig den Verlauf der neuen Zufahrt; die Überbauung der drei Parzellen und die Anlage von Parkplätzen erfolgt durch die betreffende Eigentümerschaft autonom und zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Zur Debatte steht somit eine neue Zufahrtsstrasse mit der Funktion einer öffentlichen Detailerschliessungsanlage. Daran ändert nichts, dass die baurechtlichen Abläufe bisher nicht eingehalten wurden. Wohl wäre es Sache der Gemeinde gewesen, hinsichtlich der neuen Detailerschliessungsanlage entweder selber planerisch tätig zu werden oder die Planung und Erstellung vertraglich den interessierten Grundeigentümern zu überbinden. Die Baubewilligung für das Einfamilienhaus auf Parzelle Nr. G._____ hätte sodann eine Baubewilligung für die neue Zufahrt vorausgesetzt. Anders als die Beschwerdeführenden meinen, wurde der Strassenanschluss der Parzelle Nr. G._____ im Übrigen nicht direkt an die Quartierstrasse A._____, sondern an die Wegparzelle Nr. B._____ bewilligt. Die vorbestehende Hauszufahrt auf die Strasse A._____ ist auf dem bewilligten Situationsplan mit gelber Schraffur als Abbruch bezeichnet.²⁶ Nach dem Gesagten wurden weder mit der privaten Vereinbarung über die strassenmässige Erschliessung noch mit

²¹ BVR 2008 S. 332 E. 4.7

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 106/107 N. 10

²³ Beilage zur Eingabe der Gemeinde vom 25. Januar 2021

²⁴ Vgl. 2018 bewilligter Situationsplan, gelb schraffierte Fläche

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 4. Aufl., Bern 2017, Art. 106/107 N. 10; Art. 109/110 N. 20

²⁶ Vgl. Situationsplan vom 4. Mai 2017, Plan Erdgeschoss, Umgebung und Plan Untergeschoss vom 28. August 2017, alle bewilligt am 16. Mai 2018

dem unbewilligten Anlegen der Fahrpiste Fakten geschaffen, welche die bau- und strassenrechtlichen Bestimmungen ausser Kraft setzen würden.

f) Obwohl die Zufahrtsstrasse zurzeit weder im Detail geplant noch bewilligt ist, steht als Ergebnis fest, dass sie als öffentliche Detailerschliessungsstrasse zu qualifizieren ist. Ein Vorhaben muss die massgebenden Vorschriften gegenüber Strassen von Anfang an einhalten.

5. Stützmauer / Umgebungsgestaltung

a) Da die Stützmauer entlang der Zufahrtsstrasse liegt, welche als öffentliche Detailerschliessung gilt, kommt Art. 37 GBR zur Anwendung («Stützmauern gegenüber öffentlichen Strassen»). Zulässig sind Stützmauern von maximal 1,50 m Höhe. Höhere Aufschüttungen müssen gestaffelt werden, wobei die zweite Stützmauer einen Abstand von mindestens 2 m einhalten muss.

b) Die Höhe der Stützmauer entlang der Strasse nimmt mit ansteigendem Gelände ab. Am höchsten Punkt tritt die Stützmauer mit rund 2,25 m Höhe in Erscheinung.²⁷ Die Überschreitung der reglementarischen Maximalhöhe besteht auf einer Länge von etwas über 4 m. Eine Abtreppung mit um 2 m rückversetzter Stufe besteht nicht. Die Stützmauer verletzt die Vorschrift von Art. 37 GBR somit in zweifacher Hinsicht.

Hinzu kommt das Metallstaketengeländer, das sowohl auf der quer wie auch auf der längs zur Strasse gestellten Stützmauer montiert ist und als fester Bauteil in Erscheinung tritt. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden ist es nicht um 20 cm von der Mauerkrone zurückversetzt, sondern steht direkt auf der obersten Steinreihe, die lediglich etwas schmaler ist als die untere Reihe.²⁸ Die Beschwerdeführenden rügen, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Gemeinde das vorliegende Staketengeländer an die Höhe der Stützmauer anrechne, aber einen Maschendrahtzaun nicht berücksichtigen würde. Das Metallstaketengeländer mit aufgesetztem Handlauf erlaube Durchblicke und sei in ästhetischer Hinsicht einem Maschendrahtzaun weit überlegen. Über die Frage, ob ein Maschendrahtzaun an die Höhe angerechnet werden muss oder nicht, braucht hier nicht entschieden zu werden. Die Stützmauer ist bereits für sich allein zu hoch und entspricht auch aufgrund der fehlenden Abtreppung nicht den reglementarischen Anforderungen. Soweit sich die Beschwerdeführenden darauf berufen, dass das Verwaltungsgericht in VGE 2019/82 vom 2. Juli 2020 die Absturzsicherung nicht anrechnete, besteht der wesentliche Unterschied darin, dass in jenem Fall das Geländer um 15 cm von der Kante der Mauerkrone zurückversetzt war. Zudem war die zulässige Höhe auch mit dem Geländer eingehalten.²⁹ Im vorliegenden Fall steht das Metallgeländer direkt auf der Mauerkrone und ist deshalb an die Höhe anzurechnen.³⁰ Die Totalhöhe des Stützmauerbauwerks beträgt an der höchsten Stelle demnach über 3,20 m.

c) Die Gemeinde beanstandete, dass die Stützmauer das Lichtraumprofil von 0,5 m zum Fahrbahnrand nicht einhalte. Wie oben dargelegt, besteht keine bewilligte Zufahrtsstrasse mit einem definierten Verlauf des Fahrbahnrandes. Soweit die Fahrpiste über die Parzelle Nr. G._____ verläuft, entspricht dies nicht dem bewilligten Zustand. Auf dem am 8. September 2017 bewilligten Plan sind in diesem östlichen Bereich der Parzelle eine Böschung mit Rasenflächen und Sträuchern eingetragen. Es besteht sowohl bei der Stützmauer als auch bei der unbewilligten Zufahrtsstrasse ein unrechtmässiger Zustand. Letzterem wird sich die Gemeinde

²⁷ Messung der Bauverwaltung, Vorakten pag. 120 S. 2; Plan Ansichten 1:100, Plan Umgebung 1:100

²⁸ Vgl. Plan Umgebung; Foto in den Vorakten pag. 174

²⁹ VGE 2019/82 vom 2.7.2020 E. 5.1, mit Skizze

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 12 N.14 Bst. e

noch baupolizeilich annehmen müssen. Nichtsdestotrotz muss das Lichtraumprofil, das der Verkehrssicherheit dient,³¹ auch gegenüber der faktisch bestehenden Zufahrt eingehalten werden. Dies ist hier nicht der Fall.

d) Es fragt sich, ob Art. 37 GBR einheitlich auf das gesamte Stützmauerbauwerk anwendbar ist oder ob beim der quer zur Strasse gestellten Teil des Stützmauerbauwerks allenfalls Art. 36 GBR («gegenüber nachbarlichem Grund») anwendbar wäre. Die Gemeinde hat sich nie dazu geäußert. Aus dem Umstand, dass die Gemeinde soweit ersichtlich Art. 36 GBR auf das gesamte Stützmauerbauwerk anwandte, lässt sich nichts ableiten, weil gegenüber der Strasse die Stützmauerbestimmung von Art. 37 GBR zur Anwendung kommt. Zunächst ist zu prüfen, ob die Bestimmung von Art. 36 GBR überhaupt eingehalten wäre. Bei diesem Teil des Stützmauerbauwerks bestehen zwei Hauptstufen, deren Abstand ca. 1,90 m beträgt.³² Die erste Stufe ist 1,20 m hoch, die zweite 1,40 m hoch (gemessen ab erster Stufe). Wäre bei diesem Teil des Stützmauerbauwerks Art. 36 GBR anwendbar, überschreitet die zweite Stufe die Maximalhöhe (max. 1,20 m zulässig). Hinzu kommt auch hier das Geländer, das auf der obersten Steinreihe montiert ist. Der abgewinkelte Teil der Stützmauer entspricht nicht den Anforderungen von Art. 36 GBR. Da dieser Teil des Stützmauerbauwerks wesentlich kürzer ist als der Teil entlang der Strasse und ausserdem den Abschluss des Stützmauerbauwerks bildet, rechtfertigt es sich, Art. 37 GBR auf das gesamte Stützmauerbauwerk anzuwenden.

e) Zusammenfassend entspricht das Stützmauerbauwerk weder bezüglich Maximalhöhe noch hinsichtlich Staffelung den Anforderungen von Art. 37 GBR. Auch das Lichtraumprofil zur Zufahrtsstrasse ist nicht eingehalten. Das Vorhaben könnte nur mit einer Ausnahme bewilligt werden, wobei sich diese nur auf das Stützmauerbauwerk als solches beziehen kann. Das Strassengesetz erlaubt demgegenüber keine Ausnahme von der Bestimmung zum Lichtraumprofil.

6. Ausnahmegesuch

a) Von einzelnen Bauvorschriften können Ausnahmen bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden (Art. 26 BauG). Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Eine Ausnahmegewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmen müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können auch Besonderheiten, die sich aus den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Personen ergeben, eine Ausnahme begründen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte. Ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, hängt von drei Komponenten ab: vom Interesse an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung.³³

³¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 12 N. 19

³² Vgl. Projektplan Schnitt Stützmauer, Fassadenplan Nord-Ost

³³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 26-27 N. 4

b) Die Beschwerdeführenden begründeten ihr Ausnahmegesuch mit subjektiven Verhältnissen. Ihre Tochter werde in absehbarer Zeit auf einen Rollstuhl angewiesen sein, weshalb ein behindertengerechter Hauszugang erforderlich sei. Aufgrund der Höhendifferenz von 2,3 m zwischen der Zufahrt (unten) und dem Hauseingang zur Wohnung falle eine Rampe für den Rollstuhl ausser Betracht. Zum Ein- und Aussteigen müsse mit dem Auto bis in die Nähe der Haustüre gefahren werden können. Aufgrund der Hangsituation sei eine Aufschüttung mit Stützbauwerk und Absturzsicherung erforderlich, um eine ebene Fläche mit genügend Platz zu schaffen.³⁴ In der Beschwerde ergänzten sie, nur mit dem Auto hochfahren würde nicht genügen; es wäre eine grosse Erschwernis, mit dem Rollstuhl die 10 bis 15 m bis zum Hauseingang zurückzulegen. Mit der Ausnahmegewilligung würden keine wesentlichen nachbarlichen Interessen betroffen; die Aussicht der Grundeigentümer der Parzelle Nr. Q._____ sei nicht geschützt. Aspekte des Ortsbildschutzes würden nicht beeinträchtigt. Es seien daher auch keine öffentlichen Interessen betroffen. Da es kaum gleich gelagerte Ausnahmefälle gebe, würde kein Präjudiz geschaffen.

Die Gemeinde hielt im angefochtenen Entscheid fest, die leichte Hanglage sei kein Grund für die Erteilung einer Ausnahme; ein grosser Teil der Gemeinde liege an einer Hanglage. Die Rollstuhlgängigkeit des Gebäudes könne mit gesetzeskonformen Massnahmen erreicht werden. Mit dem ursprünglichen Projektverfasser des Einfamilienhauses sei die Problematik der Aufschüttungen besprochen und eine Ausnahme zu den Stützmauervorschriften ausgeschlossen worden. Trotz Wechsel des Projektverfassers könne aus Gründen der Rechtsgleichheit kein anderer Massstab angesetzt werden.

c) Die Parzelle Nr. G._____ weist trotz leichter Hanglage keine Besonderheiten auf, sie eignet sich ohne Weiteres für die Bebauung mit einem Einfamilienhaus. Soweit ersichtlich kann die bestehende Aufschüttung von rund 4 m Breite nicht nur als Zufahrt bis zum Hauseingang, sondern auch als Sitzplatz dienen (vgl. Foto in den Vorakten, pag. 174). Ohnehin ist fraglich, ob angesichts des engen Einschlagwinkels mit dem Auto tatsächlich bis vor die Haustüre gefahren würde. Das vorliegende Wohngebäude wurde vollständig neu geplant. Es ist Sache der Bauherrschaft und nicht der Behörden, reglementsconforme Lösungen für einen rollstuhlgerechten Zugang zu finden. In der Planungsphase war den Beschwerdeführenden offenbar bereits bekannt, dass die Tochter möglicherweise auf einen Rollstuhl angewiesen sein wird. Die Beschwerdeführenden erstellten ihr Eigenheim denn auch behindertengerecht (breite Türöffnungen, keine Türschwellen), wie sie selber vorbringen.³⁵ Der frühere Projektverfasser erarbeitete nach eigenen Aussagen einen Projektvorschlag für einen rollstuhlgängigen Parkplatz oberhalb des Gebäudes und einen Weg, der einen rollstuhlgängigen Zugang zum oberen Hauseingang gewährleistet hätte. Diese Lösung sei von der Bauherrschaft verworfen worden; sie habe alle Parkplätze im unteren Bereich gewünscht.³⁶ Bei dem am 16. Mai 2018 bewilligten Bauprojekt war entlang der Zufahrtsstrasse eine als Böschung ausgebildete Aufschüttung vorgesehen. Vom oberen Teil der Zufahrtsstrasse führte ein Weg zum Wohnungseingang.³⁷ Mit Ausnahme des oberen Parkplatzes (der allerdings auf dem bewilligten Situationsplan immer noch eingezeichnet ist) entspricht das bewilligte Projekt insofern dem Vorschlag des früheren Projektverfassers für einen rollstuhlgängigen Zugang. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das bewilligte Projekt nicht geeignet sein sollte, einen rollstuhlgängigen Zugang zum oberen Hauseingang zu ermöglichen. Dafür ist nicht erforderlich, mit dem Auto unmittelbar vor die Haustüre fahren zu können. Eine Strecke von rund 12 m (ab südlicher Parzellengrenze bis zur Haustüre) ist mit einem Rollstuhl zu bewältigen und stellt keine besondere Erschwernis dar.

³⁴ Vorakten pag. 138 f.

³⁵ Beschwerde S. 7 Rz. 25; Ausnahmegesuch, Vorakten pag. 138

³⁶ Vgl. pag. 155, Beilage 1

³⁷ Projektpläne Erdgeschoss und Untergeschoss 1:100, Vorakten Baubewilligungsdossier 5-2017

Allenfalls hätte der Weg hinsichtlich der leichten Neigung (im bewilligten Projekt) noch etwas optimiert werden können. Jedenfalls zeigt bereits das bewilligte Projekt, dass reglementskonforme Lösungsmöglichkeiten für einen rollstuhlgängigen Zugang bestehen.

d) Selbst wenn die mit Stützmauer gesicherte Aufschüttung für einen rollstuhlgängigen Zugang zum Wohnbereich erforderlich wäre, kann sie so gestaltet werden, dass Art. 37 GBR eingehalten ist. Wenn bei der Stützmauer eine Abstufung mit einem 2 m breiten Abstand gebildet wird, verbleibt bei der oberen Stufe vor dem Hauseingang eine Breite von rund 2,2 m. Auch wenn aufgrund der Mauer und dem rückversetzten Geländer nicht die ganze Breite zur Verfügung steht, genügt dies als rollstuhlgängiger Zugang. Die SIA-Norm 500 (vgl. Art. 22 BauG i.V.m. Art. 85 BauV) verlangt bei Wohnbauten eine Wegbreite von mindestens 1,20 m. Die Haustüre öffnet vorliegend gegen innen. Der Zugang ist vergleichbar mit einem Korridor mit seitlich angeordneter Türe. Bei diesen muss eine Mindestbreite von $\geq 2,0$ m gegeben sein, die sich nach der Formel «nutzbare Tür- oder Durchgangsbreite + Korridorbreite» berechnet.³⁸ Nach dem Gesagten bestehen weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht besondere Verhältnisse, die eine Ausnahme von Art. 37 GBR rechtfertigen würden. Das Vorhaben ist nicht bewilligungsfähig.

7. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Das Stützmauerbauwerk wurde ohne Baubewilligung errichtet und widerspricht in mehrfacher Hinsicht den anwendbaren Vorschriften (vgl. Art. 37 GBR und Art. 83 SG). Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet, so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG³⁹). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD). Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.⁴⁰

b) Die Gemeinde ordnete in der angefochtenen Verfügung unter anderem an, die Stützmauer sei so von der Strasse zurückzusetzen, dass das Lichtraumprofil eingehalten werde. Die Beschwerdeführenden machten in ihrer Beschwerde geltend, das Verschieben des Fahrbahnrandes gegen Osten wäre eine mildere Massnahme. Der Strassenbelag könnte entfernt und beispielsweise durch eine Grünrabatte ersetzt werden.⁴¹

Für die Einhaltung des Lichtraumprofils ist der Fahrbahnrand massgebend, wobei vom tatsächlichen Verkehrsraum auszugehen ist (Art. 83 SG).⁴² Die Fahrpiste grenzt heute direkt an die Stützmauer an, dieser Zustand ist allerdings nicht bewilligt. Das Lichtraumprofil dient der Verkehrssicherheit und liegt damit im öffentlichen Interesse. Die Stützmauer darf nicht direkt an die Fahrbahn angrenzen, dazwischen muss ein mindestens 50 cm breiter, nicht befahrbarer Streifen liegen. Weil der Fahrbahnrand noch nicht rechtskräftig definiert wurde, kann die lichte Breite vorliegend dadurch hergestellt werden, dass die illegale Fahrbahn, soweit sie über die

³⁸ SIA 500: 2009 Hindernisfreie Bauten, Ziff. 9.3.1, 9.3.3

³⁹ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁴⁰ 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

⁴¹ Beschwerde S. 8, Rz. 30

⁴² VGE 2020/249 vom 7. April 2021, E. 2.4g; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 12 N. 16

Parzelle Nr. G. _____ verläuft, verschmälert wird. Der Grenzabstand zur Wegparzelle Nr. B. _____ und zur Parzelle Nr. P. _____ beträgt über 1 m, so dass die lichte Breite vor der Stützmauer ohne Weiteres hergestellt werden kann. Eine Rückversetzung des Stützmauerbauwerks ist unter diesen Umständen nicht nötig. Es genügt vorerst, den Rand der Fahrpiste um mindestens 0,5 m von der Mauer nach Osten zurückzuversetzen und vor der Stützmauer einen nichtbefahrbaren Grünstreifen von 0,5 m Breite anzulegen. Diese Massnahme ist auch zumutbar. Ziffer 4 Bst. d des angefochtenen Entscheids ist entsprechend zu ändern. Insoweit dringen die Beschwerdeführenden mit ihrer Beschwerde durch. Anzufügen bleibt, dass der endgültige Verlauf und die Breite der Zufahrtsstrasse damit nicht präjudiziert wird. Ein nicht bewilligtes und nicht bewilligungsfähiges Bauwerk geniesst keinen Besitzstandsschutz.

c) Das Rechtsamt der BVD erwog aufgrund einer summarischen Beurteilung, die Wiederherstellungsmassnahmen gemäss Ziffer 4 Bst. d des angefochtenen Entscheids für das Stützmauerbauwerk wie folgt zu präzisieren und zu ersetzen:

1. Stützmauer entlang der Zufahrtsstrasse (Nord-Süd-Richtung):
 - a) Bei der Stützmauer entlang der Zufahrtsstrasse ist die maximal in Erscheinung tretende Höhe der Mauer (inkl. auf der Mauer befestigtem Geländer bzw. Zaun) auf 1,50 m zu reduzieren.
 - b) Höhere Aufschüttungen sind mit abgetreppten Stützmauern gemäss Art. 37 Gemeindebaureglement (2 m Abstand) oder mittels Böschungen aufzufangen.
 - c) Es ist eine Absturzsicherung nach SIA 358 anzubringen. Sofern eine bauliche Absturzsicherung (Geländer oder Zaun) mind. 15 cm von der Hinterkante der Mauer zurückversetzt wird, wird sie nicht an die Höhe der Stützmauer angerechnet.
2. Das Geländer bei der quer zur Strasse gestellten Stützmauer (Ost-West-Richtung) ist mind. 15 cm von der Hinterkante der Mauer zurückzuversetzen.
3. Die Abstände zwischen den Stufen der Stützmauer resp. eine allfällige Böschung müssen begrünt werden (kein Kies- oder Schottergarten).

d) Die Gemeinde äusserte sich nicht zu dieser Präzisierung. Die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, dass die Massnahmen milder seien als diejenigen der Gemeinde, was bei den Kosten zu berücksichtigen sei.

e) Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften ist gross. Die Tolerierung einer überhohen Stützmauer würde in einer Gemeinde, deren Gebiet zum grossen Teil am Hang liegt, ein unerwünschtes Präjudiz schaffen. Die Abweichungen vom bewilligten Zustand sind vorliegend erheblich und augenfällig, zudem sind Gestaltungsvorschriften betroffen. Es besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Die Beschwerdeführenden handelten im baurechtlichen Sinne bösgläubig. Zum einen wird erwartet, dass sich die Bauherrschaft um die Zulässigkeit ihres Tuns kümmert und sich entsprechend informiert.⁴³ Zum anderen wurde die Frage von Stützmauern bereits im Baubewilligungsverfahren mit dem früheren Projektverfasser thematisiert.⁴⁴ Dessen Wissen müssen sich die Beschwerdeführenden anrechnen lassen.⁴⁵

f) Die Massnahmen sind geeignet und erforderlich, um den Gestaltungsvorschriften von Art. 35 und Art. 37 GBR Nachachtung zu verschaffen. Art. 35 GBR verlangt eine

⁴³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. a

⁴⁴ Vgl. Vorakten pag. 155; angefochtener Entscheid der Gemeinde, Erwägung 3 S. 3

⁴⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. b

Oberflächengestaltung, die einen harmonischen Übergang erlaubt. Die Anordnung, dass der Abstand zwischen den Stufen oder eine allfällige Böschung zu begrünen sind, ist somit erforderlich und geeignet, den Anforderungen von Art. 35 GBR Rechnung zu tragen. Die Reduktion der Stützmauer auf maximal 1,5 m (inklusive darauf montiertes Geländer) und – wo diese Höhe überschritten ist – die Ausbildung einer um 2 m zurückversetzten zweiten Stufe entspricht den Bestimmungen von Art. 37 GBR. Wie oben dargelegt (Erwägung 6 d), bleibt damit bei der zweiten Stufe ein knapp 2 m breiter Hauszugang, der für einen rollstuhlgerechten Zugang genügt. Im Übrigen ist es den Beschwerdeführenden unbenommen, anstelle der Stützmauer eine Böschung zu erstellen. Wenn das Geländer um mindestens 15 cm von der Hinterkante der Stützmauer zurückversetzt ist, ist es im vorliegenden Fall nicht an die Totalhöhe anzurechnen. Dieses Mass der Rückversetzung lehnt sich an das bereits zitierte Urteil des Verwaltungsgerichts an⁴⁶ und erscheint vorliegend angemessen. Hinzuweisen bleibt aber, dass nicht ganz klar ist, ob das Verwaltungsgericht damit eine generelle Praxis zur Anrechnung von Absturzsicherungen auf Stützmauern begründen wollte, oder ob es sich bloss um eine einzelfallbezogene Aussage handelte. Auch im vorliegenden Fall ist dieser Abstand als Anordnung im Einzelfall zu betrachten. Dies wird in der Massnahme noch präzisiert. Es wird Sache der Gemeinde sein, zu dieser Frage (und der allfälligen Nichtberücksichtigung von Maschendrahtzäunen) Vorschriften oder Weisungen zu erlassen.

g) Die von der Gemeinde erlassenen Anordnungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sind milder als der vollständige Abbruch des Stützmauerbauwerks und die Erstellung des bewilligten Zustandes (Böschung, Treppe vom Vorplatz her). Die von der BVD gestützt auf Art. 37 GBR präzisierten Massnahmen sind etwas milder als die Wiederherstellungsmassnahmen der Gemeinde, welche eine Reduktion auf 1,20 m verlangten, was der Anwendung von Art. 36 GBR entsprochen hätte. Noch mildere Massnahmen sind nicht ersichtlich. Die Wiederherstellungsmassnahmen sind zumutbar. Finanzielle Überlegungen sind bei der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes grundsätzlich ohnehin nicht zu berücksichtigen. Ziffer 4 Bst. d des angefochtenen Entscheids ist daher durch die genannten Massnahmen zu präzisieren und ersetzen.

h) Über die vorliegende Beschwerdesache konnte aufgrund der Akten entschieden werden. Von einem Augenschein waren keine zusätzlichen, entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten. Der entsprechende Beweisantrag wird abgewiesen.

8. Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 2 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1500.– (Art. 19 Abs. 1 GebV⁴⁷). Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführenden bestritten bis zuletzt, dass es sich um eine öffentliche Detailerschliessungsstrasse handle und Art. 37 GBR anwendbar sei. Insofern rechtfertigt die für die Beschwerdeführenden günstigere Anwendung von Art. 37 GBR («Stützmauern gegenüber öffentlichen Strassen») keine Berücksichtigung bei den Kosten. Einzig hinsichtlich der Massnahme, dass die Stützmauer zur Einhaltung des Lichtraumprofils zurückzusetzen ist, sind die Beschwerdeführenden durchgedrungen. Im Übrigen gelten sie als unterliegend. Den

⁴⁶ VGE 2019/82 vom 2.7.2020 E. 5.1

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

Beschwerdeführenden werden daher 5/6 der Verfahrenskosten auferlegt, ausmachend CHF 1250.–. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.

b) Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden nach dem obgenannten Verteilschlüssel 1/6 der Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV⁴⁸ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG⁴⁹). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als durchschnittlich zu werten, da kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Angesichts der umstrittenen Rechtsfragen sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als eher unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von CHF 4500.– als angemessen. Hinzu kommen die Auslagen im Betrag von CHF 150.– und 7,7 % Mehrwertsteuer, ausmachend insgesamt CHF 5008.05. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden somit einen Parteikostenanteil von CHF 834.70 zu leisten.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziffer 4 Bst. d des Entscheids der Gemeinde Lüscherz vom 24. August 2020 wird durch folgende Anordnungen präzisiert und ersetzt:

Innert 90 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheids ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wie folgt vorzunehmen:

1. Stützmauer entlang der Zufahrtsstrasse (Nord-Süd-Richtung):
 - a) Bei der Stützmauer entlang der Zufahrtsstrasse ist die maximal in Erscheinung tretende Höhe der Mauer (inkl. auf der Mauer befestigter Absturzsicherung) auf 1,50 m zu reduzieren.
 - b) Höhere Aufschüttungen sind mit abgetreppten Stützmauern gemäss Art. 37 Gemeindebaureglement (2 m Abstand) oder mittels Böschungen aufzufangen.
 - c) Es ist eine Absturzsicherung nach der Norm SIA 358 anzubringen. Eine bauliche Absturzsicherung, die mindestens 15 cm von der Hinterkante der Mauer zurückversetzt ist, wird im vorliegenden Fall nicht an die Höhe der Stützmauer angerechnet.
2. Das Geländer bei der quer zur Strasse gestellten Stützmauer (Ost-West-Richtung) ist mindestens 15 cm von der Hinterkante der Mauer zurückzusetzen.
3. Die Abstände zwischen den Stufen der Stützmauer resp. eine allfällige Böschung müssen begrünt werden (kein Kies- oder Schottergarten).
4. Zur Einhaltung des Lichtraumprofils ist vor der Stützmauer (Nord-Süd-Richtung) ein mindestens 50 cm breiter, nicht befahrbarer Grünstreifen auszubilden.

Im Übrigen wird der Entscheid der Gemeinde Lüscherz vom 24. August 2020 bestätigt.

2. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten im Betrag von CHF 1250.– auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt,

⁴⁸ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

⁴⁹ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die restlichen Verfahrenskosten werden nicht erhoben.

3. Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden einen Parteikostenanteil im Betrag von CHF 834.70 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.
4. Das Gesuch um Sistierung des Beschwerdeverfahrens wird als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt E._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Lüscherz, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

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