



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2020/22

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 4. Juni 2020

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde
abgewiesen (VGE 2020/249 vom 7.4.2021).

in der Beschwerdesache zwischen

Frau C. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Safnern, Gemeindeverwaltung, Hauptstrasse 62,
2553 Safnern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Safnern vom 24. Januar
2020 (Baugesuch Nr. 746-893/19; Neubau Betonmauer und Bruchsteinmauer)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Liegenschaft Safnern Grundbuchblatt Nr. F. _____, die sich in der Wohnzone W1 befindet. Das Grundstück grenzt im Südwesten an die G. _____ strasse (Gemeindestrasse; Safnern Grundbuchblatt Nr. I. _____) und im Südosten an das Grundstück Safnern Grundbuchblatt Nr. K. _____, das sich in der Landwirtschaftszone befindet. Anlässlich einer Begehung vom 29. März 2019 informierten die Beschwerdeführerin und ihr Projektverfasser eine Vertretung der Gemeinde über die Absicht, entlang der Strasse eine 1.20 m hohe Betonmauer und entlang der Grenze zum Grundstück Nr. K. _____ eine 1.20 m hohe Bruchsteinmauer zu erstellen. Sie gaben entsprechende Plankopien¹ ab und die Gemeinde bestätigte, dass für dieses Vorhaben kein Baugesuch erforderlich sei. Als die Gemeinde erfuhr, dass eine höhere Mauer erstellt worden war, verlangte sie die Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs. Auf Wunsch des Projektverfassers fand am 13. Juni 2019 eine Besprechung statt. Dort teilte dieser mit, dass die Betonmauer an der höchsten Stelle 1.83 m messe. Die Gemeinde informierte die Beschwerdeführerin und den Projektverfasser deshalb, dass zusätzlich zum nachträglichen Baugesuch auch ein Ausnahmegesuch für die

¹ Vgl. Beilage 1 zur Beschwerdevernehmlassung der Gemeinde

Unterschreitung des Strassenabstands eingereicht werden müsse. Am 12. August 2019 ging das nachträgliche Baugesuch vom 8. Juli 2019 bei der Gemeinde ein. Mit Schreiben vom 6. September 2019 informierte die Gemeinde die Beschwerdeführerin, dass die Baukommission die Ausnahme nicht erteile und dass die Betonmauer entlang der G._____strasse auf die zulässige Höhe zurückzubauen sei. Sie gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Mitteilung, ob sie die Mauer entsprechend zurückbaue oder ob sie auf einer beschwerdefähigen Verfügung bestehe. Am 28. Oktober 2019 machte die nun anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin geltend, entlang der umstrittenen Betonmauer bestehe eine strassenbauliche Besonderheit. Der vorgeschriebene Strassenabstand sei deshalb eingehalten. Am 11. November 2019 führte die Gemeinde einen Augenschein durch. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2019 beantragte die Beschwerdeführerin die Erteilung einer Ausnahmegewilligung bzw. den Verzicht auf eine Wiederherstellungsverfügung. Am 24. Januar 2020 bewilligte die Gemeinde die Betonmauer teilweise, d.h. in einer Höhe von maximal 1.36 m ab Strassenterrain. Für die Mauerteile, die diese Höhe überschreiten, verfügte sie den Rückbau.

2. Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 26. Februar 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

- «1. Es sei festzustellen, dass die Teilbaubewilligung des Bauentscheids der Einwohnergemeinde Safnern vom 24. Januar 2020 betreffend den Neubau der Betonmauer am L._____weg, Parzelle Safnern Nr. F._____, Gemeinde Safnern, in einer Höhe von maximal 1.36 m ab Strassenterrain G._____strasse (bei einem Strassenabstand ab Fahrbahnrand von 66 cm), in Rechtskraft erwachsen sei.
2. Der Rückbauentscheid vom 24. Januar 2020 für den 1.36 m übersteigenden Teil der Betonmauer sei aufzuheben und die heute bestehende Mauer, die 1.36 m übersteigt, sei nachträglich zu bewilligen.
3. Eventualiter: Das Rechtsbegehren unter Ziffer 2 sei unter der Auflage, dass der Strassenabschnitt von der südöstlichen bis zur südwestlichen Ecke der Parzelle Safnern Nr. F._____ auf Kosten der Bauherrschaft als Sperrfläche strassenbautechnisch gekennzeichnet wird, gutzuheissen.»

Zur Begründung machte sie hauptsächlich geltend, entlang der Betonmauer bestehe eine strassenbauliche Besonderheit. Die Gemeindestrasse stosse vom südöstlichen Acker kommend an der südwestlichen Ecke des Grundstücks um ungefähr 90 cm vor. Diese Verbreiterung verjünge sich wiederum gegen die nordwestliche Ecke des Grundstücks und bilde damit einen Keil, der keinen erkennbaren strassenbautechnischen Grund habe. Dieser gehöre somit funktionell nicht zur Strasse, sondern zum Strassenabstand. Der Abstand zur Mauer betrage somit 1.45 m und der Strassenabstand sei bei weitem eingehalten. Es sei deshalb auf den wirklichen Strassenrand der G._____strasse abzustellen. Die Mauer sei dem Geländeverlauf angepasst worden. Die Unterschreitung des Strassenabstands betreffe nur eine kurze Strecke, weshalb die strikte Einhaltung der Abstandsvorschriften als übertriebene Strenge erscheinen würde. Zudem handle es sich bei der fraglichen Betonmauer um eine Stützmauer, die das Erdreich zusammenhalte und verhindere, dass dieses auf die Gemeindestrasse rutsche. Im Weiteren stelle die Betonmauer weder ein verkehrstechnisches Hindernis dar noch werde die Verkehrssicherheit beeinträchtigt. Die Grundeigentümer der benachbarten Parzellen hätten dem Bauvorhaben zugestimmt. Die Einhaltung der Abstandsvorschriften würde zu einer unzweckmässigen Lösung führen. Zudem sei die Beschwerdeführerin bereit, den Spickel auf ihre Kosten als Sperrfläche zu kennzeichnen.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. In ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 25. März 2020 beantragte die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde. Sie machte insbesondere geltend, eine strassenbauliche Besonderheit sei nicht gegeben. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung, der im Rahmen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens im Sinn von Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG³ ergangen ist. Dieser kann mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG). Die Beschwerdeführerin ist als Baugesuchstellerin, deren nachträgliches Baugesuch nur teilweise bewilligt worden ist, und als Adressatin der Wiederherstellungsverfügung befugt, Beschwerde zu führen (Art. 40 Abs. 2 BauG und Art. 65 Abs. 1 VRPG⁴).

b) Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG). Sie beginnt am Tag nach der Zustellung des Entscheids zu laufen (Art. 41 Abs. 1 VRPG). Verwaltungsakten müssen gültig eröffnet werden, damit sie rechtswirksam werden. Dieser Zeitpunkt ist auch massgebend für den Lauf von Rechtsmittelfristen.⁵ Verfügungen und Entscheide werden grundsätzlich durch die Post zugestellt (Art. 44 Abs. 1 VRPG). Gemäss Art. 15 Abs. 1 VRPG können sich die Parteien aufgrund schriftlicher Vollmacht vertreten lassen. Ist ein Vertretungsverhältnis begründet worden, sind Verwaltungsakten der vertretungsbefugten Person zuzustellen (Art. 44 Abs. 4 VRPG i.V.m. Art. 137 ZPO⁶). Die Zustellung nur an die vertretene Partei stellt einen Eröffnungsmangel dar; daraus darf dieser kein Rechtsnachteil erwachsen (Art. 44 Abs. 6 VRPG). Die Gemeinde hat den nachträglichen Bauentscheid entgegen den gesetzlichen Vorgaben der Beschwerdeführerin eingeschrieben geschickt und ihrem Rechtsanwalt mit E-Mail eröffnet. Infolge eines Fehlers der Post, die das Einschreiben der Beschwerdeführerin bloss in den Briefkasten legte, ist das Zustelldatum unbekannt. Ebenso wenig ist aktenkundig, wann die E-Mail an den Anwalt der Beschwerdeführerin versandt wurde. Da der Beschwerdeführerin aus der mangelhaften Eröffnung kein Rechtsnachteil erwachsen darf, ist auf die plausible Angabe des Anwalts abzustellen, wonach ihm der Entscheid am Montag, 27. Januar 2020, zugestellt wurde. Die Beschwerdefrist endete somit am 26. Februar 2020. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist unter Vorbehalt von Bst. c einzutreten.

c) Mit Rechtsbegehren Ziff. 1 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass die Teilbaubewilligung betreffend Neubau der Betonmauer in Rechtskraft erwachsen sei. Feststellungsbegehren sind gegenüber leistungsverpflichtenden und rechtsgestaltenden Begehren subsidiär und bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses.⁷ Das Vorliegen eines solchen Interesses ist stets eigens zu begründen,⁸ was die Beschwerdeführerin unterlassen hat. Auf das Rechtsbegehren Ziff. 1 ist deshalb bereits mangels rechtsgenügender Begründung nicht einzutreten. Es ist sodann auch nicht ersichtlich, worin das erforderliche besondere

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

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

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

⁵ BVR 2006 S. 529 E. 5.3; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 44 N. 1

⁶ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272)

⁷ BVR 2018 S. 310 E. 7.3 mit Hinweisen; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 20

⁸ BVR 2007 S. 441 E. 5.2

Feststellungsinteresse bestehen soll. Die Beschwerdeführerin hat einzig den teilweisen Bauabschlag und die Wiederherstellungsmassnahme angefochten und damit den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens festgelegt. Mit dem Rechtsbegehren Ziff. 1 verlangt sie nicht die Klärung einer Rechtslage, sondern lediglich eine Bestätigung, dass die nicht angefochtenen Teile der vorinstanzlichen Verfügung rechtskräftig seien. Dass nicht angefochtene Teile einer Verfügung oder eines Entscheids rechtskräftig werden, versteht sich in der Regel von selbst.⁹ Auf das Feststellungsbegehren kann deshalb auch mangels besonderen Interesses nicht eingetreten werden.

2. Strassenabstand

a) Gemäss den Vorakten ist die Betonmauer entlang der G. _____ strasse 28.15 m lang und weist dieser gegenüber einen Abstand von 0.66 m ab Fahrbahnrand auf. Im Bereich der Grenze zum Grundstück Nr. K. _____ ist sie 1.83 m hoch, auf der anderen Seite, d.h. im Bereich der Grenze zum Grundstück Nr. M. _____ ist sie 0.90 m hoch. Die 19 m lange Bruchsteinmauer, die in einem Abstand von 0.8 m bis 0.9 m entlang der Grenze zum Grundstück Nr. K. _____ verläuft, ist im Bereich der G. _____ strasse 1.80 m hoch und läuft in nordwestlicher Richtung auf 1.0 aus. Die beiden Mauern sind somit unbestritten baubewilligungspflichtig (vgl. Art. 1a Abs. 1 und Art. 1b Abs. 1 BauG i.V.m. Art 6 Abs. 1 Bst. i BewD¹⁰). Sie haben gegenüber dem Nachbargrundstück Nr. K. _____ den massgeblichen Grenzabstand und gegenüber der G. _____ strasse den Strassenabstand nach Art. 80 SG¹¹ bzw. den gestützt darauf erlassenen Gemeindevorschriften einzuhalten (vgl. Art. 12 Abs. 2 und 3 BauG). Umstritten ist im vorliegenden Fall einzig die Einhaltung des Strassenabstands bzw. die Frage, ob eine Ausnahmegewilligung für dessen Unterschreitung erteilt werden kann.

Für Einfriedungen und Zäune bis zu einer Höhe von 1.2 m gilt ein Strassenabstand von 0.5 m ab Fahrbahnrand (Art. 56 Abs. 1 SV¹²). Höhere Einfriedungen und Zäune sind um ihre Mehrhöhe zurückzusetzen (Art. 56 Abs. 2 SV). Mit dem in der Strassengesetzgebung verwendeten Begriff des Fahrbahnrands ist die seitliche Begrenzung der Fahrbahn gemeint, wobei die Fahrbahn der dem Fahrverkehr dienende Teil der Strasse ist (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. a SV i.V.m. Art. 1 Abs. 4 VRV¹³). Anders als im Bereich der Nachbarparzelle Nr. K. _____, die sich in der Landwirtschaftszone befindet, ist die G. _____ strasse in der Bauzone und insbesondere im Bereich der Bauparzelle fertig ausgebaut. Der Strassenabstand ist im vorliegenden Fall deshalb ab dem baulichen Randabschluss zu messen. Aus dem Umstand, dass sich die Fahrbahn anschliessend im Bereich der Nachbarparzelle Nr. K. _____ verjüngt, weil die Strasse in diesem Bereich noch nicht fertig ausgebaut ist, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, da jener Fahrbahnrand für ihre Parzelle nicht relevant ist. Soweit sie in diesem Zusammenhang geltend macht, es sei auf den wirklichen Strassenrand der G. _____ strasse abzustellen und der Keil stelle keinen Bestandteil der Strasse dar, sondern sei bereits in den Strassenabstand miteinzuberechnen, kann ihr deshalb nicht gefolgt werden. Da der massgebliche Strassenabstand 0.66 m ab Fahrbahnrand beträgt, darf die Betonmauer eine maximale Höhe von 1.36 m ab Strassenterrain aufweisen. Soweit sie dieses Mass überschreitet, verletzt sie den Strassenabstand.

b) Gemäss Art. 81 Abs. 1 SG kann das zuständige Gemeinwesen Ausnahmen von den gesetzlichen Strassenabständen bewilligen, wenn besondere Verhältnisse, insbesondere des Ortsbildes, es rechtfertigen und wenn dadurch weder öffentliche Interessen noch wesentliche nachbarliche Interessen beeinträchtigt werden. Die Voraussetzungen für das Unterschreiten des

⁹ VGE 2011/273 vom 9. Januar 2012 E. 1.2.1

¹⁰ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹¹ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

¹² Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1)

¹³ Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV; SR 741.11)

Strassenabstands sind somit die gleichen wie für Ausnahmegewilligungen nach Art. 26 BauG.¹⁴ Eine Ausnahmegewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können aber 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.¹⁵ Der Wunsch nach einer optimalen, gewinnbringenden Nutzung des Grundstücks oder einer besseren Lösung stellt keinen Ausnahmegrund dar und eine Ausnahmegewilligung rechtfertigt sich nicht, wenn zumutbare Alternativen zur Verfügung stehen. Besondere Zurückhaltung ist jedoch geboten, wenn die Ausnahme gleichzeitig eine grössere Ausnutzung des Bodens zur Folge hat.¹⁶ Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Ausnahmegrund keine absolute Grösse ist. 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.¹⁷

Die Gemeinde hat die Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Strassenabstands nicht erteilt mit der Begründung, es lägen an dieser Örtlichkeit weder besondere Verhältnisse vor noch befinde sich die Liegenschaft in steilem Gelände. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Insbesondere stellt der Umstand, dass die Strasse im Bereich der Nachbarparzelle noch nicht voll ausgebaut ist, keine objektive Besonderheit der Bauparzelle dar. Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens, die einen Ausnahmegrund darstellen würden, sind weder dargetan noch ersichtlich. Der Beschwerdeführerin dürfte es vorab darum gehen, ihr Grundstück optimal auszunutzen. Das stellt jedoch von vornherein kein besonderes Verhältnis dar, das eine Unterschreitung des Strassenabstands rechtfertigen würde. Sollte es sich bei der fraglichen Betonmauer um eine Stützmauer handeln, könnte die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dies hätte viel mehr zur Folge, dass anstelle des privilegierten Abstandes für Einfriedungen und Zäune der ordentliche Strassenabstand zur Anwendung käme. Die Abweichung vom Erlaubten wäre in diesem Fall somit deutlich grösser, was noch weniger für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung sprechen würde. Zudem käme Art. 16 Abs. 2 GBR¹⁸ zum Tragen, wonach Stützmauern auf dem ganzen Gemeindegebiet die Höhe von 1.20 m nicht übersteigen dürfen. Es wäre also zusätzlich eine Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG von dieser Vorschrift nötig, die mangels besonderer Verhältnisse ebenfalls nicht erteilt werden könnte. Dies hätte zur Folge, dass die Mauer bloss bis auf eine Höhe von 1.20 m bewilligt werden könnte. Besondere Verhältnisse, die eine Ausnahme vom Strassenabstand rechtfertigen würden, liegen somit nicht vor. Daher erübrigt es sich zu prüfen, ob öffentliche oder nachbarliche Interessen gegen die Gewährung einer Ausnahmegewilligung sprächen.

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 12 N. 18

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 26-27 N. 4

¹⁶ VGE 2012/191 vom 22. April 2013, E. 3.2

¹⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 26-27 N. 4

¹⁸ Baureglement der Einwohnergemeinde Safnern vom 18. September 2013 (GBR)

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gemeinde das Vorliegen eines Ausnahmegrunds zu Recht verneint und für die Betonmauer insoweit den Bauabschlag erteilt hat, als diese das Mass von 1.36 m ab Strassenterrain überschreitet. Anders als die Beschwerdeführerin meint, kann die Bau- und Ausnahmegewilligung auch nicht mit der Auflage erteilt werden, dass der Strassenabschnitt von der südöstlichen bis zur südwestlichen Ecke der Parzelle Safnern Nr. A._____ auf ihre Kosten als Sperrfläche strassenbautechnisch gekennzeichnet wird, da sie keinen Anspruch darauf hat, fremdes Eigentum für ihre Zwecke verwenden zu dürfen. Wie bereits erwähnt, handelt es sich dabei um einen Teil der Fahrbahn einer Gemeindestrasse. Die Kennzeichnung als Sperrfläche zugunsten der Beschwerdeführerin käme einer Entwidmung gleich. Dazu ist die Gemeinde jedoch nicht bereit, da sie viel mehr beabsichtigt, die G._____strasse künftig auch im Bereich der Parzelle Nr. K._____ voll auszubauen. Die Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 sind deshalb abzuweisen.

3. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Im Falle eines Bauabschlags eines nachträglichen Baubewilligungsgesuches entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist die Regel. Eine Bauherrschaft, die ohne Baubewilligung oder in Abweichung von einer Baubewilligung baut, darf grundsätzlich nicht besser gestellt werden als diejenigen, die sich an die Vorschriften halten. Die Wiederherstellung muss jedoch im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD).

b) Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist.¹⁹ 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.²⁰ Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private Interessen sie gebieten. Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm oder ihr verlangt werden darf, nicht hat gutgläubig sein können. Wer bauen will, muss sich um die Zulässigkeit seines Tuns kümmern und sich bei den Behörden nach der Baubewilligungspflicht erkundigen.²¹ Auch eine (im baurechtlichen Sinn) bösgläubige Bauherrschaft hat Anspruch, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit berücksichtigt wird. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen.²²

c) An der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und insbesondere des Strassenabstandes besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. Dieses Interesse überwiegt das Interesse der Beschwerdeführerin an der Belassung der zu hohen Mauer, zumal dafür keine genügenden Gründe geltend gemacht werden können. Die Beschwerdeführerin und ihr Projektverfasser besprachen zwar das Bauvorhaben vorgängig mit der Gemeinde. Gemäss den

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Auflage, Bern 2020, Art. 46 N. 9a

²⁰ 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

²¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9c

Plänen, die sie damals abgaben, ging es dabei aber um eine Mauer mit einer Höhe von 1.20 m. Die Beschwerdeführerin macht deshalb zu Recht nicht geltend, sie habe davon ausgehen dürfen, dass sie eine deutlich höhere Mauer baubewilligungsfrei erstellen dürfte. Im baurechtlichen Sinn gilt sie als bösgläubig. Die Anordnung, diejenigen Teile der Mauer zurückzubauen, die das Mass von 1.36 m ab Strassenterrain überschreiten, ist geeignet zur Herstellung des rechtmässigen Zustands. Eine mildere Massnahme, mit der dasselbe Ziel erreicht werden könnte, ist nicht ersichtlich. Daher ist die Anordnung erforderlich. Die Wiederherstellung ist ohne übermässigen Aufwand möglich und somit für die Beschwerdeführerin zumutbar. Die Wiederherstellung erscheint unter den vorliegenden Umständen verhältnismässig. Dies wird von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Die im angefochtenen Entscheid verfügte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist deshalb ebenfalls zu bestätigen.

4. Zusammenfassung und Kosten

a) Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass keine Gründe vorliegen, die eine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Strassenabstands rechtfertigen würden. Die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist im öffentlichen Interesse, verletzt den Vertrauensgrundsatz nicht und ist verhältnismässig. Soweit auf die Beschwerde eingetreten werden kann, ist sie daher abzuweisen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdeführerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²³). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Safnern vom 24. Januar 2020 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.00 werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher D. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Safnern, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

²³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

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.