

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/50

Bern, 25. September 2018

in der Beschwerdesache zwischen

Bauherrengemeinschaft G._____, bestehend aus:

Frau **A.**_____
Beschwerdeführerin 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 3

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 4

Herrn **E.**_____
Beschwerdeführer 5

Herrn **F.**_____
Beschwerdeführer 6

alle per Adresse Frau A._____

und

Baupolizeibehörde der Gemeinde Lyss, Bau + Planung, Bahnhofstrasse 10,
Postfach 368, 3250 Lyss

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Lyss vom 25. Juli 2018
(Baubewilligung Nr. 008/16; Zaun und Stellplatte; Baueinstellung)



I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Lyss erteilte der "Bauherrengemeinschaft G._____" am 22. März 2016 unter anderem die Baubewilligung für den Neubau einer privaten Zufahrt zu den neuen Wohngebäuden (Lyss Gbbl. Nr. H._____, I._____ und J._____). Inhalt war auch der geänderte Verlauf des Fuss- und Radwegs auf der Parzelle Nr. H._____. Dieser Weg verbindet den nördlichen und südlichen Teil des M._____wegs. Der nördliche Teil des M._____wegs grenzt direkt an das Baugrundstück Nr. H._____ an und verläuft über die gemeindeeigene Parzelle Lyss Gbbl. Nr. K._____ sowie über das Privatgrundstück Lyss Gbbl. Nr. L._____.

Am 11. April 2018 reichte die "Bauherrengemeinschaft G._____" einen geänderten Plan Strassenbau ein ("Ausführungsprojekt"). Vorgesehen ist, auf der Grundstücksgrenze entlang dem M._____weg (Parzellen Nr. K._____ und Nr. L._____) eine Stellplatte und einen Zaun zu erstellen. Ausserdem soll der Verlauf des Fuss- und Radwegs und dessen Einmündung in die Strassenparzelle Nr. K._____ erneut geändert werden. Mit Brief vom 28. Mai 2018 teilte das Bauinspektorat der Gemeinde der Bauherrschaft mit, dass die Projektänderung genehmigt werden könne und versah den geänderten Plan Strassenbau mit dem Bewilligungsstempel.

2. Am 13. Juli 2018 reichten Herr und Frau N._____, deren Liegenschaft (Lyss Gbbl. Nr. O._____) durch die Strassenparzelle Nr. K._____ erschlossen wird, bei der Gemeinde eine nachträgliche Einsprache gegen die Projektänderung ein. Am 25. Juli 2018 erliess die Gemeinde eine Baueinstellungsverfügung, in der sie die sofortige Einstellung der baulichen Arbeiten in Zusammenhang mit der Projektänderungsbewilligung vom 28. Mai 2018 anordnete. Sie erwog, dass die Eigentümer der Parzelle Nr. O._____ zu Unrecht nicht zur Projektänderung angehört worden seien. Aufgrund dieses erheblichen Verfahrensfehlers beabsichtige die Gemeinde, die Projektänderungsbewilligung zu widerrufen. Der Bauherrschaft gewährte sie gleichzeitig das rechtliche Gehör zum beabsichtigten Widerruf der Projektänderungsbewilligung.

3. Gegen die Baueinstellungsverfügung reichen die Beschwerdeführenden am 9. August 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons

Bern (BVE) ein. Sie beantragen die sofortige Aufhebung der Baueinstellungsverfügung vom 25. Juli 2018.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Es gab Herrn und Frau N._____ Gelegenheit, sich am Beschwerdeverfahren zu beteiligen, wovon diese nicht Gebrauch machten. Es bat die Beschwerdeführenden zu präzisieren, wer Teil der "Bauherrengemeinschaft G._____" sei. Das Rechtsamt bat die Gemeinde, Fragen zur Strassenparzelle Nr. K._____, zur Signalisation sowie zum Durchgang zwischen dem nördlichen und südlichen Teil des M._____wegs zu beantworten.

Die Beschwerdeführenden teilten mit Stellungnahme vom 21. August 2018 mit, dass die "Bauherrengemeinschaft G._____" aktuell aus ihnen bestehe. Die Gemeinde nahm mit Beschwerdeantwort vom 27. August 2018 Stellung zur Beschwerde und beantragt deren Abweisung. Ausserdem beantwortete sie die Fragen des Rechtsamtes zu den Strassen.

5. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid über die Baueinstellung wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG² können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG). Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

¹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

b) Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist ausschliesslich die angefochtene Baueinstellungsverfügung. Soweit die Beschwerdeführenden auch zum beabsichtigten Widerruf der Projektänderungsgenehmigung Stellung nehmen, wird dies im kommunalen Verfahren zu behandeln sein.

2. Baueinstellung

a) Die Beschwerdeführenden machen insbesondere geltend, die Projektänderung umfasse lediglich einen Zaun in der Höhe von 80 cm. Ein solcher könne baubewilligungsfrei auf der Parzellengrenze erstellt werden. Da keine Baubewilligungspflicht bestehe, könne auch keine Baueinstellung angeordnet werden. Die Gemeinde habe der Projektänderung mit einfachem Brief zugestimmt, eine Baubewilligung sei nicht erteilt worden. Erst nach der Einsprache von Herrn und Frau N._____ sei die Gemeinde offenbar zu einer anderen Beurteilung gelangt. Das Ehepaar N._____ sei aufgrund der Distanz zum Bauvorhaben nicht einsprachelegitimiert, weshalb kein Verfahrensfehler vorliege.

b) Die Baueinstellung ist eine vorsorgliche baupolizeiliche Massnahme. Voraussetzung für eine Baueinstellung ist ein rechtswidriger Zustand. Die zuständige Baupolizeibehörde verfügt die Baueinstellung, wenn ein baubewilligungspflichtiges Bauvorhaben ohne (rechtskräftige) Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt wird oder wenn Vorschriften missachtet werden (vgl. Art. 46 Abs. 1 BauG). Da die Baueinstellungsverfügung nur eine vorsorgliche Massnahme ist, kann sie bereits dann erlassen werden, wenn aufgrund einer summarischen Prüfung die Rechtswidrigkeit der Bautätigkeit als wahrscheinlich erscheint. Ein schlüssiger Beweis ist erst im nachfolgenden Wiederherstellungsverfahren erforderlich.³

c) Die Gemeinde hat die "Ausführungspläne" der Projektänderung mit dem Bewilligungsstempel versehen. Es kann offen bleiben, ob mit dem Zustimmungsschreiben der Gemeinde eine formgültige Baubewilligung vorliegt. Die Gemeinde beabsichtigt, die Projektänderungsbewilligung vom 28. Mai 2018 wegen Verfahrensmängeln zu widerrufen.

³ Vgl. KPG-Bulletin, Baubrief 16, Die Instrumente der Baupolizei, S. 2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 6a, mit Hinweisen

Falls die Bewilligung aufgehoben wird, entfällt auch die Berechtigung zur Bauausführung, sofern das Vorhaben baubewilligungspflichtig ist (vgl. Art. 1a Abs. 3 BauG). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Gemeinde im Hinblick auf den beabsichtigten Widerruf die Einstellung der Bauarbeiten verfügt hat, zumal dies auch einer allfälligen Schadensbegrenzung dient, wie die Gemeinde zu Recht ausführt. Hinzu kommt, dass die Projektänderungsbewilligung aufgrund der nachträglichen Anfechtung durch Herrn und Frau N._____ nicht rechtskräftig wurde, was einer Weiterführung der Bauarbeiten ebenfalls entgegensteht.⁴

d) Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass ihr Vorhaben baubewilligungspflichtig ist. Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG). Geringfügige Bauvorhaben sind von der Baubewilligungspflicht ausgenommen. Der Gesetzgeber hat in Art. 6 BewD⁵ in nicht abschliessender Weise baubewilligungsfreie Vorhaben aufgezählt, darunter fallen unter Vorbehalt von Art. 7 BewD auch 1,20 m hohe Einfriedungen (Art. 6 Abs. 1 Bst. i BewD). Solche Einfriedungen dürfen auf der Parzellengrenze erstellt werden (A149 GBR⁶; Art. 79k Abs. 1 EG ZGB⁷). Dies gilt jedoch nur gegenüber privaten Nachbargrundstücken. Gegenüber öffentlichen Strassen im Sinne von Art. 4 SG⁸ kommen hingegen die Bestimmungen der Strassengesetzgebung zur Anwendung. Grundsätzlich gilt gegenüber Gemeindestrassen und Privatstrassen im Gemeingebrauch ein Strassenabstand von 3,60 m (Art. 80 Abs. 1 SG). Das zuständige Gemeinwesen ist befugt, andere Abstände festzulegen (Art. 80 Abs. 1 SG), wovon die Gemeinde Lyss in Art. 213 Abs. 6 GBR für einzelne Strassen und Vorhaben Gebrauch gemacht hat. Für Bauten und Anlagen, die weder die Verkehrssicherheit beeinträchtigen noch den Ausbau der Strasse erschweren,

⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35-35c N. 11, Art. 38-39 N. 26

⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁶ Baureglement, Grundordnung Ortsteil Lyss, vom Amt für Gemeinden und Raumordnung letztmals genehmigt am 20. Juni 2014 (GBR)

⁷ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

⁸ Strassengesetz vom 4. Juni 2008 (SG; BSG 732.11)

hat der Regierungsrat in der Strassenverordnung⁹ geringere Abstände festgelegt (vgl. Art. 80 Abs. 2 SG). Für Einfriedungen und Zäune bis zu einer Höhe von 1,20 m gilt ein Strassenabstand von 0,50 m ab Fahrbahnrand (Art. 56 Abs. 1 SV). An unübersichtlichen Strassenstellen dürfen Einfriedungen und Zäune die Fahrbahn aber höchstens um 0,60 m überragen (vgl. Art. 56 Abs. 3 SV). Gemäss Art. 59 SV ist das Gemeinwesen befugt, andere Abstände festzulegen. Als geringster Abstand gilt aber immer das Lichtraumprofil; seitlich zum Fahrbahnrand muss zwingend die lichte Breite von 0,50 m freigehalten werden (Art. 83 Abs. 1 und 3 SG). Das Strassengesetz sieht dafür keine Ausnahme vor. Es ist daher entscheidend, ob das vom Vorhaben betroffene Teilstück des M._____wegs (Parzelle Nr. K._____ und Teil der Parzelle Nr. L._____) eine öffentliche Strasse im Sinne von Art. 4 SG darstellt.

e) Die Projektänderung der Beschwerdeführenden betrifft nicht nur den Zaun, sondern auch den kurzen Fuss- und Radweg auf der Parzelle Nr. H._____, der die südlichen und nördlichen Teilstücke des M._____wegs verbindet. Bei diesem Weg soll der Verlauf, insbesondere der Einmündungsbereich in den M._____weg (Parzelle Nr. K._____), geändert werden. Zugänge, Zufahrten, Weganschlüsse und Einmündungen aller Art auf eine öffentliche Strasse bedürfen der Bewilligung des zuständigen Gemeinwesens (vgl. Art. 85 SG). Der Bau und die Änderung eines öffentlichen Fuss- und Radweges sind baubewilligungspflichtig (Art. 43 SG i.V.m. Art. 23 Bst. b SV). Auch hier stellt sich daher die Frage, ob der Weg eine öffentliche Strasse im Sinne von Art. 4 SG ist.

f) Als öffentliche Strassen gelten die dem Gemeingebrauch offenstehenden Strassen, Wege und Plätze (Art. 4 Abs. 1 SG). Gemeingebrauch bedeutet, dass der Platz, Weg oder die Strasse einem unbestimmten Personenkreis offen steht. Dazu zählen alle Verkehrsteilnehmende, d.h. auch Fussgänger und Fussgängerinnen sowie Velofahrende. Strassen, welche die Gemeinde zur allgemeinen Benützung erstellen, gelten mit der Übergabe an den Verkehr als dem Gemeingebrauch gewidmet (Art. 13 SG). Im Privateigentum stehende Strassen (und Wege) gelten als öffentliche Strassen, wenn sie dem Gemeingebrauch gewidmet sind (Art. 9 SG). Dies kann mit Zustimmung der Grundeigentümer durch Verfügung der Gemeinde geschehen, durch Errichtung einer Wegdienstbarkeit zugunsten der Öffentlichkeit oder indem die Gemeinde die

⁹ Strassenverordnung vom 29. Oktober 2008 (SV; BSG 732.111.1)

Unterhaltungspflicht an einer dem allgemeinen Verkehr offenen Strasse übernimmt (Art. 13 Abs. 3 SG).

Beide Teilstücke des M._____wegs (nördlicher und südlicher Teil) sind als Tempo-30-Zone und als Sackgasse mit Ausnahme für Fuss- und Radverkehr signalisiert.¹⁰ Die Strassenparzelle Nr. K._____ ist Teil des M._____wegs. Sie gehört der Gemeinde und steht unbestritten dem allgemeinen Verkehr offen. Wieviele Grundstücke durch die Strassenparzelle Nr. K._____ erschlossen werden, spielt dabei keine Rolle. In westlicher Richtung verläuft der M._____weg über die private Parzelle Nr. L._____. Dieser Strassenabschnitt ist mittels Wegrechtsdienstbarkeit zugunsten der Gemeinde dem Gemeingebrauch gewidmet (vgl. dazu Art. 9 und Art. 13 Abs. 3 Bst. c SG).¹¹ Der M._____weg stellt daher – zumindest im hier betroffenen Bereich – eine öffentliche Strasse dar. Gleiches gilt für den Fuss- und Radweg über die Parzelle Nr. H._____: Dieser steht aufgrund der Wegrechtsdienstbarkeit zugunsten der Gemeinde dem allgemeinen Gebrauch offen. Der Fuss- und Radweg ist daher eine öffentliche Strasse im Sinne von Art. 4 SG, selbst wenn der motorisierte Verkehr nicht zugelassen ist. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführenden kann diese Wegrechtsdienstbarkeit nicht einseitig durch die Grundeigentümer des belasteten Grundstücks aufgehoben werden.

g) Demnach sind sowohl der M._____weg im hier betroffenen Bereich (Parzellen Nr. K._____ und L._____) als auch der Fuss- und Radweg auf der Parzelle Nr. H._____ öffentliche Strassen im Sinne des Strassengesetzes. Für den umstrittenen Zaun gelten daher die Bestimmungen der Strassengesetzgebung, insbesondere diejenige zum Lichtraumprofil. Dies wurde soweit ersichtlich bei der Projektänderung nicht beachtet, grenzt der Zaun doch direkt an den Fahrbahnrand. Die Verlegung des öffentlichen Fuss- und Radwegs samt Änderung des Einmündungsbereichs ist baubewilligungspflichtig und bedarf einer Strassenanschlussbewilligung. Die Gemeinde hat demnach zu Recht die Baueinstellung verfügt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

¹⁰ Stellungnahme der Gemeinde vom 27. August 2018; Stellungnahme der Beschwerdeführenden vom 21. August 2018; vgl. auch undatiertes Foto zur Stellungnahme N._____, Vorakten (Beilage zum Brief der Gemeinde vom 27. August 2018)

¹¹ Angabe gemäss Grundstückdaten-Informationssystem GRUDIS

3. Kosten

- a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV¹²).
- b) Der Gemeinde sind keine ersatzfähigen Parteikosten entstanden (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG). Parteikosten werden keine gesprochen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung der Gemeinde Lyss vom 25. Juli 2018 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

IV. Eröffnung

- Frau A._____, zuhanden der Beschwerdeführenden, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Lyss, Bau + Planung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

Regierungspräsident