

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2016/30 vom 22.6.2016).

RA Nr. 110/2015/75

Bern, 16. Dezember 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn A. _____

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____



und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Grossaffoltern, handelnd durch den Gemeinderat, Dorfstrasse 41, 3257 Grossaffoltern

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Grossaffoltern vom 30. April 2015 (4.301 - 2014/19; Scheunentor)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer hat bei seinem Bauernhaus ohne Baubewilligung innen und aussen tiefgreifende Umbauarbeiten vorgenommen und bei der Scheune (Tenne) ein metallenes Sektionaltor montiert. Der Bauernhof liegt innerhalb des Ortsbildschutzperimeters von Ammerzwil und in der Landwirtschaftszone (Grossaffoltern Gbbl. Nr. C. _____). Im Rahmen des Wiederherstellungsverfahrens reichte der Beschwerdeführer ein nachträgliches Baugesuch für diese Änderungen ein.

Mit Verfügung vom 30. April 2015 erteilte die Gemeinde dem nachträglichen Baugesuch den Bauabschlag (Ziffer 1). Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verfügte sie Folgendes:

2. Auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes wird mit Ausnahme des Scheunentors verzichtet.
3. Sie werden aufgefordert, das Scheunentor innerhalb von 6 Monaten seit der Bauabschlag in Rechtskraft erwachsen ist, in den ursprünglichen Zustand zu versetzen. Die Montage eines Mehrflügel- bzw. eines Faltores ist ebenfalls möglich. Es ist eine entsprechende Ausführungsskizze zur Genehmigung einzureichen.

Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme an (Ziffer 4) und auferlegte dem Beschwerdeführer die Baubewilligungs- und Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 3'405.90 (Ziffer 5). Ziffer 6 enthält die Rechtsmittelbelehrung und Ziffer 7 die Eröffnung.

2. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 3. Juni 2015 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei Ziffer 1 (soweit das Tennstor betreffend), Ziffer 2, Ziffer 3, Ziffer 4 und Ziffer 5 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 30. April 2015 (...) aufzuheben.
2. Dem Beschwerdeführer sei für den bereits durchgeführten Umbau des Tennstors des Bauernhauses (...) die nachträgliche Baubewilligung zu erteilen.

Eventualiter: Es sei dem Beschwerdeführer die nachträgliche Baubewilligung für den bereits durchgeführten Umbau des Tennstors mit der Auflage, das Tennstor jeweils vom 1. Mai bis zum 31. Oktober vollständig geöffnet zu halten, zu erteilen.

Subeventualiter: Es sei dem Beschwerdeführer die nachträgliche Baubewilligung für den bereits durchgeführten Umbau des Tennstors mit der Auflage, das Tennstor auf dessen äusseren Oberfläche (mit Ausnahme der Fenster) optisch mit Holz zu verkleiden, zu erteilen.

Subsubeventualiter: Es sei dem Beschwerdeführer die nachträgliche Baubewilligung für den bereits durchgeführten Umbau des Tennstors mit der Auflage, das Tennstor bei vollständig geöffneter Position durch die Behörde plombieren zu lassen, zu erteilen.

Subsubsubeventualiter: Es sei auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands betreffend das Tennstor zu verzichten.

3. Es sei festzustellen, dass Ziffer 1 (soweit nicht das Tennstor betreffend), Ziffer 6 und Ziffer 7 der Verfügung der Vorinstanz vom 30. April 2015 (...) in Rechtskraft erwachsen sind.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde beantragt mit Stellungnahme vom 8. Juli 2015, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

Am 6. Oktober 2015 führte das Rechtsamt im Beisein der Parteien einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen. Auf die Rechtsschriften sowie auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide und baupolizeiliche Verfügungen können nach Art. 40 und Art. 49 BauG² innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Der Beschwerdeführer ist durch den Bauabschlag und die Wiederherstellungsverfügung für das

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

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

Scheunentor beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

b) Der Beschwerdeführer beantragt die Feststellung, dass Ziffer 1 (soweit nicht das Tennstor betreffend) sowie Ziffer 6 und 7 der angefochtenen Verfügung in Rechtskraft erwachsen seien. In der Beschwerdeschrift beantragt er ausserdem die Feststellung, dass der in Ziffer 2 verfügte Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (abgesehen vom Scheunentor) rechtskräftig sei.³

Mit einer Feststellungsverfügung wird eine bereits geltende Rechtslage geklärt oder festgestellt. Feststellungsbegehren sind subsidiär gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsbegehren und setzen ein ausgewiesenes Feststellungsinteresse voraus.⁴ Der Beschwerdeführer legt nicht dar, worin sein Feststellungsinteresse liegen würde. In der Sache verlangt er nicht die Klärung einer Rechtslage, sondern lediglich eine Bestätigung, dass die nicht angefochtenen Teile der vorinstanzlichen Verfügung rechtskräftig seien. Der Beschwerdeführer hat einzig den Bauabschlag und die Wiederherstellungsmassnahme für das Scheunentor angefochten und damit den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens festgelegt. Ziffer 6 der vorinstanzlichen Verfügung betrifft nur die Rechtsmittelbelehrung und Ziffer 7 die Eröffnung der Verfügung als eingeschriebene Postsendung. Auf das Feststellungsbegehren ist nicht einzutreten.⁵

2. Rechtliches Gehör

a) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil die Gemeinde für den Augenschein kein Protokoll erstellt habe. Er sei durch den Erlass der Verfügung überrascht worden und habe sich weder zum Beweisergebnis äussern, noch Eventualanträge stellen können. Die Gemeinde macht geltend, die Begehung sei auf Veranlassung des Anwalts des Beschwerdeführers durchgeführt worden. Sie habe daher nur eine interne Aktennotiz verfasst. Dem Beschwerdeführer sei mit Schreiben vom 16. Februar 2015 Gelegenheit gegeben worden, sich eingehend zur Sache zu äussern.

³ Randziffer 27 der Beschwerde

⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 19; BVR 2010 S. 337 E.3.2

⁵ Vgl. VGE 2014/296 vom 17. August 2015, E. 1.3

b) Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV⁶), zu dem das Akteneinsichtsrecht sowie das Äusserungsrecht gehören (Art. 21 bis 24 VRPG⁷), und aus dem Grundsatz der Schriftlichkeit des Verfahrens (Art. 31 VRPG) ergibt sich für die Behörde die Aktenführungspflicht.⁸ Vorliegend hat die Gemeinde dem Begehren des Beschwerdeführers um einen Augenschein entsprochen. Die gemeinsame Begehung war daher eine Beweismassnahme im Rahmen des damaligen Baubewilligungsverfahrens, an der die Gemeindevertreter in ihrer amtlichen Funktion teilnahmen. Über den Augenschein musste deshalb ein Protokoll erstellt werden (Art. 19 VRPG i.V.m. Art. 182 ZPO⁹),¹⁰ was vorliegend auch geschah. Dieses Protokoll hätte dem Beschwerdeführer zugestellt werden müssen, damit er sich zum Beweisergebnis hätte äussern können (Art. 24 VRPG). Die Gemeinde hat somit das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt.

c) Nach der Praxis kann eine Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren "geheilt" werden, sofern die obere Instanz dieselbe Überprüfungsbefugnis hat wie die verfügende Behörde, dem Beschwerdeführer daraus kein Nachteil erwächst und es sich nicht um eine besonders schwere Verletzung der Parteirechte handelt.¹¹ Vorliegend handelt es sich nur um eine leichte Gehörsverletzung, da der Beschwerdeführer durch seine Teilnahme am Augenschein über dessen Inhalt informiert war. Im Verfahren vor der BVE wurde ihm die Aktennotiz der Begehung als Teil der Beilagen zur Beschwerdeantwort der Gemeinde zugestellt (Doppel der Register "Vorakten" und "Beilagen"). Damit ist die Gehörsverletzung geheilt. Der Beschwerdeführer schlug bereits im Baubewilligungsverfahren Auflagen wie die optische Veränderung der Oberfläche des Sektionaltors vor, die von der Gemeinde behandelt und abgelehnt wurden.¹² Die Verletzung des rechtlichen Gehörs verursachte keinen prozessualen Mehraufwand, der ohne Gehörsverletzung unterblieben wäre. Die Heilung der Gehörsverletzung hat daher keine Auswirkungen im Kostenpunkt.

⁶ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁸ VGE 2014/304 vom 12. März 2015, E. 3.1

⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272)

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 19 N. 33

¹¹ BGE 129 I 129 E. 2.2.3, 126 I 68 E. 2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N 16.

¹² Vgl. Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 2. März 2015; Aktennotiz der Gemeinde vom 31. März 2015; Protokollauszug der Gemeinderatssitzung vom 20. April 2015

3. Baugesuch für das Sektionaltor

a) Die Gemeinde hat gestützt auf Art. 9 Abs. 3 BauG eigene Ästhetikvorschriften erlassen, die über das Beeinträchtigungsverbot von Art. 9 Abs. 1 BauG hinausgehen und daher eigenständige Bedeutung haben.¹³ Nach dem allgemeinen Ästhetikgrundsatz von Art. 23 GBR¹⁴ müssen Bauten und Anlagen für sich und im Zusammenhang mit der Umgebung eine gute Eigen- und Gesamtwirkung ergeben. Strengere Anforderungen gelten im Ortsbildschutzgebiet, in dem sich das Bauernhaus des Beschwerdeführers befindet. Dabei ist unerheblich, dass das Gebäude nicht als Baudenkmal im Sinne von Art. 10a BauG inventarisiert ist. Die kommunalen Bestimmungen des Ortsbildschutzes gelten für alle Gebäude innerhalb des Ortsbildschutzperimeters.

Nach Art. 24 GBR bezweckt der Ortsbildschutz das Erhalten, Pflegen und Weiterentwickeln der historisch und kulturell wertvollen Siedlungsteile, Bausubstanzen und Freiräume und das massvolle und überlegte Einpassen von neuen, zeitgemässen Elementen (Abs. 1). Veränderungen sowie neue Bauten und Anlagen müssen sich ins Orts- und Landschaftsbild einfügen. An die Gestaltung werden strengere Anforderungen gestellt (Abs. 3). Zur Beurteilung von Vorhaben im Ortsbildschutzperimeter zieht die Gemeinde eine Fachinstanz wie den Berner Heimatschutz oder die kantonale Denkmalpflege bei (Abs. 4). Der Gemeinde kommt nicht nur beim Erlass von eigenen Ästhetiknormen, sondern auch bei deren Auslegung Autonomie zu, welche die Rechtsmittelbehörden grundsätzlich respektieren. Beruht der vorinstanzliche Entscheid auf einer vertretbaren Würdigung der massgebenden Sachumstände, dürfen die kantonalen Instanzen das Ermessen der Gemeinde nicht durch ihr eigenes ersetzen.¹⁵

b) Die Gemeinde führte im Beschwerdeverfahren aus, die Wahrung des Ortsbildes sei für sie ein absolut zentrales Prinzip. Es sei ihr ein grosses Anliegen, dass die kommunale Vorschrift über den Ortsbildschutz konsequent und rechtsgleich eingehalten werde. Bei Bauvorhaben im Ortsbildschutzperimeter ziehe die Baubewilligungsbehörde in der Regel den Berner Heimatschutz bei, dessen Stellungnahme im Baubewilligungsverfahren einen hohen Stellenwert zukomme. Ein Sektionaltor stelle als Ganzes, d.h. hinsichtlich seiner

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 9/10 N. 4

¹⁴ Einwohnergemeinde Grossaffoltern, Baureglement von 2007, nachgeführt bis April 2014

¹⁵ BGE 1C_265/2014 vom 22. April 2015 E. 5.3; BVR 2012 S. 20 E. 3.2

Konstruktion und insbesondere aufgrund des gesamten Erscheinungsbildes, einen störenden Fremdkörper dar, der in keiner Weise ins landwirtschaftlich geprägte Ortsbild passe. Sie habe solche Tore bisher auch nicht bewilligt und befürchte eine unerwünschte Präjudizwirkung für spätere, gleichartige Fälle, wenn auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Scheunentores verzichtet würde.¹⁶ Für die Gemeinde stelle ein Scheunentor mit Flügeltüren ein zentrales Element bei einem Bauernhaus dar. Neue und zeitgemässe Bauelemente seien nur bei Neubauten (z.B. beim Anbei eines Kubus an ein bestehendes Gebäude) möglich. Neubauten sollten sich bewusst von den bestehenden Bauten abheben und sich als neue, zeitgemässe Elemente ins Ortsbild einfügen.

c) Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, das diese Beurteilung in Frage stellen könnte. Er macht lediglich geltend, das Tor sei vom öffentlichen Raum aus kaum einsehbar, weshalb es nur ein geringes allfälliges Störungspotential habe. Während der Vegetationsdauer vom 1. Mai bis 31. Oktober stehe das Tor ohnehin dauerhaft offen und trete in dieser Zeit überhaupt nicht in Erscheinung.

Das Bauernhaus und das Scheunentor des Ökonomieteils sind von der D. _____ strasse aus gut einsehbar.¹⁷ Als Teil der Fassade muss das Tor im Ortsbildschutzperimeter den strengen ästhetischen Anforderungen von Art. 24 Abs. 3 GBR genügen. Das streitige Sektionaltor besteht aus grauen Metallelementen und sechs Kunststofffenstern im oberen Teil. Es kann sektionsweise zur Scheunendecke hochgezogen werden. In dieser ländlichen Umgebung vermag es weder von seiner Materialisierung noch vom Torsystem her zu überzeugen. Das Sektionaltor hat Industriecharakter und stellt bei einem alten Bauernhaus ein fremdartiges Element dar. Die Umgebung ist geprägt von Riegelhäusern und alten Bauernhäusern in Holzbauweise. Das Sektionaltor passt nicht in das gepflegte Ortsbild und wirkt in diesem wie ein Fremdkörper. Das montierte Sektionaltor verletzt Art. 24 Abs. 1 und 3 GBR. Zu Recht toleriert die Gemeinde ein solches Tor im Ortsbildschutzgebiet und in der Landwirtschaftszone nicht.

d) Ein Bauvorhaben muss den anwendbaren Bestimmungen entsprechen, damit es bewilligt werden kann (Art. 2 BauG). Ob das Tor aus Sicht des Beschwerdeführers für eine rationelle Bewirtschaftung oder für den Lichteinfall im Stall erforderlich ist, spielt bei der

¹⁶ Vgl. auch Protokoll des Augenscheins vom 6. Oktober 2015, S. 3 und 5

¹⁷ Vgl. Fotos Nr. 4 und 5 (mit Traktor in der Toreinfahrt), Augenschein vom 6. Oktober 2015

Bewilligungsfähigkeit keine Rolle. Diese Aspekte sind bei der Frage der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu behandeln.

4. Auflagen

a) Baubewilligungen können mit Bedingungen oder Auflagen verknüpft werden (Art. 29 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 3 BauG¹⁸). Bedingungen und Auflagen zu einer Baubewilligung kommen nur bei Bauvorhaben in Betracht, die je nach ihrer Gestaltung oder Einrichtung oder je nach der Art der Nutzung oder Betriebsführung gesetzeskonform oder gesetzwidrig sein können. In solchen Fällen können mit der Anordnung von Nebenbestimmungen die gesetzwidrigen Auswirkungen verhindert werden. Insoweit sind sie gegenüber der Alternative des Bauabschlags das mildere Mittel.¹⁹

b) Die vom Beschwerdeführer beantragte Auflage, das Sektionaltor vom 1. Mai bis 31. Oktober offen zu halten, ist nicht geeignet, einen gesetzeskonformen Zustand herbeizuführen, da das Tor während des anderen halben Jahres in Erscheinung tritt. Auch keine mögliche Auflage ist die Plombierung des Tors im offenen Zustand. Wird ein Tor bewilligt, soll es seine Schliessfunktion auch erfüllen können, die vorliegend sehr wichtig ist: Zum Schutz der Tiere vor der Kälte muss die Scheune im Winter geschlossen werden. Der Beschwerdeführer erklärte, dass er bei einer Plombierung im offenen Zustand Strohballen aufschichten oder eine Plastikplane anbringen müsste.²⁰ Dies wäre unter dem Aspekt des Ortsbildschutzes keine befriedigende Lösung. Zudem würde ein solcher Witterungsschutz die Befahrbarkeit der Scheune wohl erheblich einschränken.

c) Als weiteres Eventualbegehren beantragt der Beschwerdeführer als Auflage, dass die Oberfläche des Sektionaltors in Holzoptik zu verkleiden ist. Es ist nicht klar, ob und wie eine Verkleidung mit Holzbrettern vorliegend realisierbar wäre. Furnierplatten oder eine aufgeklebte Fotofolie in Holzoptik wären reine Kosmetik und auch leicht als solche erkennbar. Eine Beschichtung der Oberfläche würde den ästhetischen Anforderungen im Ortsbildschutzgebiet nicht genügen. Hinzu kommt, dass vorliegend nicht nur die

¹⁸ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 38-39 N. 15a

²⁰ Protokoll des Augenscheins vom 6. Oktober 2015, S. 5

Materialisierung problematisch ist, sondern insbesondere auch das Torsystem, das sich bei älteren Bauernhäusern und im Ortsbildschutzgebiet nicht einordnet. Das Sektionaltor ist auch mit einer Holzverkleidung nicht bewilligungsfähig.

Somit kann das Sektionaltor auch nicht mit Auflagen bewilligt werden. Die Gemeinde hat dem Bauvorhaben zu Recht den Bauabschlag erteilt.

5. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes

a) Kann ein Bauvorhaben auch nachträglich nicht bewilligt werden, so verfügt die zuständige Baupolizeibehörde darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist und setzt dafür gegebenenfalls eine neue Frist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Dabei sind die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätze von Art. 5 Abs. 2 BV²¹ zu berücksichtigen.²² Die Wiederherstellungsmassnahme muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen.²³

b) Die Gemeinde ordnete an, das Scheunentor sei in den ursprünglichen Zustand zu versetzen. Ebenfalls möglich sei die Montage eines Mehrflügel- bzw. eines Falttors. Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe das frühere Scheunentor aus einem Metallrahmen mit Täferlatten selber gefertigt und das Tor bereits vor längerer Zeit entsorgt. Es sei kein klassisches Tennstor gewesen und habe keine historische oder traditionelle Bedeutung gehabt. Die Wiederherstellungsmassnahme sei daher zu wenig genau definiert. Als Wiederherstellungsmassnahme könne kein klassisches Tor verlangt werden, das früher nicht bestanden habe.

c) Das frühere Scheunentor ist auf den aktenkundigen Fotos gut dokumentiert.²⁴ Es handelte sich um ein einfach gearbeitetes Flügeltor aus Holz, dessen rechter Flügel zusätzlich horizontal geteilt war. Die Gemeinde erläuterte anlässlich des Augenscheins,

²¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

²² BGer 1C_157/2011 vom 21.07.2011 E. 5.1

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

²⁴ Beschwerdebeilage Nr. 5; Vorakten Beilagenregister 2

dass sie den "ursprünglichen" Charakter absichtlich nicht näher definiert habe, um dem Beschwerdeführer eine gewisse Freiheit zu gewähren. So sei auch ein vertikal hälftig geteiltes Flügeltor möglich, damit der Flügel zurückklappbar wäre. Der Gemeinde sei wichtig, dass das Tor aus Holz bestehe. Ein Sektionaltor sei aber nicht akzeptierbar.²⁵ Die Gemeinde verlangt somit nicht die Anfertigung eines historischen Tors, sondern nur ein Flügeltor aus Holz, wobei sie dem Beschwerdeführer bei der technischen Ausgestaltung gewisse Freiheiten einräumen will. Die angefochtene Verfügung ist der Klarheit halber von Amtes wegen mit der Art und Materialisierung des Tors zu präzisieren.

d) An der Einhaltung und Durchsetzung der baurechtlichen Ordnung besteht ein grosses öffentliches Interesse. Vorliegend ist zudem der Ortsbildschutz betroffen. Wie bereits dargelegt, ist das Sektionaltor vom öffentlichen Raum aus einsehbar und stellt im gepflegten Ortsbild einen Fremdkörper dar. Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist gross.

6. Verhältnismässigkeit

a) Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Anordnung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sein. Sie darf nicht weiter gehen als zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig ist und muss für die Betroffenen zumutbar sein. So kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang, und ihre Fortsetzung nicht schwerwiegenden öffentlichen Interessen widerspricht.²⁶

b) Im Beschwerdeverfahren ist nur das Scheunentor Verfahrensgegenstand. Der Ersatz des Scheunentors war Teil von sehr umfangreichen Änderungen am Bauernhaus. Für die Frage, wie gross die Abweichung vom Erlaubten ist, sind die gesamten Umbauarbeiten massgebend. Im Wohnteil wurden die Grundrisse vollständig geändert, bei der Fassade die Holzständer durch Kunststein ersetzt und die Fenster- und Türanordnung verändert. Das Bauernhaus ist nicht mehr wiederzuerkennen. Die Abweichung vom Erlaubten ist

²⁵ Protokoll des Augenscheins vom 6. Oktober 2015, S. 4, 10

²⁶ BGE 132 II 21 E. 6

enorm. Der Beschwerdeführer hätte sich um die Zulässigkeit dieser baulichen Änderungen erkundigen müssen, insbesondere weil das Bauernhaus in der Landwirtschaftszone und im Ortsbildschutzperimeter liegt, wo strengere Anforderungen gelten (vgl. Art. 7 Abs. 1 und 2 BewD²⁷). Er hat daher im baurechtlichen Sinn bösgläubig gehandelt. Auch eine Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, den Interessen an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die Nachteile der Wiederherstellung nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen. Wirtschaftliche Interessen können in solchen Fällen kaum je ausschlaggebendes Gewicht beanspruchen. Andernfalls würde die baurechtliche Ordnung weitgehend in Frage gestellt.²⁸

c) Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die angeordnete Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes geeignet ist. Er beruft sich auf die Aussage des Heimatschutzes, dass einzelne Anpassungen oder Änderungen die Angelegenheit wahrscheinlich noch verschlimmern würden. Er rügt, die Gemeinde sei beim Ökonomieamt willkürlich von der Fachmeinung des Heimatschutzes abgewichen. Die relativierende Aussage eines Beraters des Heimatschutzes im E-Mail vom 27. Juni 2015 beruhe auf Suggestivfragen der Bauverwaltung und sei nicht als objektive Stellungnahme des Heimatschutzes zu qualifizieren.

d) In seiner Beurteilung vom 10. September 2014 bedauerte der Heimatschutz die massiven Eingriffe in die Bausubstanz, die in mehreren Etappen erfolgt sei. Er hielt insbesondere fest, die Struktur und prägnanten Gebäudemerkmale seien stark verändert respektive vernichtet worden. Das Bauernhaus sei früher vollständig in Holz konstruiert gewesen. Die neue graue Kalksandsteinfassade und die in der Horizontale versetzten, überproportionalen Lochfenster wirkten beim Wohnteil befremdend und entsprächen nicht annähernd dem alten Bild. Die neuen Fensteröffnungen im Erdgeschoss korrespondierten in keiner Weise mit denjenigen im Obergeschoss. Keine der Fenstereinteilungen entspreche dem Original oder beziehe sich auf die alte Struktur. Die hauptsächliche Veränderung des Gebäudes liege im Umbau und der gleichzeitigen Vernichtung der

²⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

²⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9c Bst. c; BVR 1995 S. 522 E. 3a

gebäudeeigenen Struktur. Diese könne leider nicht mehr wieder hergestellt werden. Bei einer vorgängigen Besprechung wäre vom substanziellen Abbruch der bestehenden Gebäudestruktur grundsätzlich abgeraten und dieser möglichst verhindert worden. Die Gebäudestruktur in Holz sowie die Holzfassaden wären respektiert worden. Das irritierende Bild von unterschiedlichen Fensterpositionen im EG und OG hätte der Heimatschutz nicht toleriert. Die Gestaltung und Funktion des Tennstors wäre zur Diskussion gestanden. Ein Rolltor (Sektionaltor) wäre nicht toleriert worden. Abschliessend hielt der Heimatschutz fest, einzelne Anpassungen oder ein teilweiser Rückbau würden in diesem Fall zu keiner Verbesserung der Situation führen. Der angerichtete Kulturschaden könne nicht wieder hergestellt werden und die Änderungen würden die Angelegenheit wahrscheinlich nur noch verschlimmern. Am 27. Juni 2015 hielt der Berater des Heimatschutzes auf Rückfrage der Gemeinde fest, die Textpassage "einzelne Anpassungen oder ein teilweiser Rückbau würden in diesem Falle zu keiner Verbesserung der Situation führen" sei im Kontext zu lesen und könne nicht über das ganze Gebäude pauschalisiert werden. Im ausführlichen Bericht sei vor allem der Wohnteil des Bauernhauses erwähnt und behandelt worden, da dieser bis unter das Dach komplett abgebrochen, umgebaut und strukturell verändert worden sei. Die Wiederherstellung des Scheunentores würde sich auf das Ortsbild positiv auswirken.²⁹

e) Auch wenn die Gemeinde der Fachmeinung des Berner Heimatschutzes regelmässig ein grosses Gewicht beimisst, stellt diese nur eine Entscheidungshilfe dar, von der die Gemeinde abweichen kann. Aus dem Bericht des Heimatschutzes vom 10. September 2014 geht klar hervor, dass sich die Beurteilung hauptsächlich auf die tiefgreifenden Änderungen beim Wohnteil bezog, wo der Hauptteil der Umbauten erfolgte. Das später verfasste E-Mail des Beraters des Heimatschutzes enthält keine neue Beurteilung, sondern nur eine Präzisierung. Der Wohnteil und der Ökonomieteil sind von ihrer Funktion und Art her zwei unterschiedliche Gebäudeteile und können deshalb unabhängig voneinander beurteilt werden. Die Gemeinde macht zu Recht geltend, dass das grosse Scheunentor für den Ökonomieteil prägend ist. Es beruht somit auf sachlichen Gründen, dass die Gemeinde beim Scheunentor eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anordnete, während sie beim Wohnteil darauf verzichtete. Ein Flügeltor aus Holz ist geeignet und erforderlich, damit sich die Fassade des Ökonomieteils wieder ins Ortsbild einordnet.

²⁹ E-Mail des Heimatschutzes vom 27. Juni 2015, Vorakten Register 10

f) Der Beschwerdeführer bringt vor, er sei für eine rationelle und effiziente Fütterung zwingend darauf angewiesen, den Stall mit dem Mischwagen befahren zu können. Dies sei nur bei einem Sektionaltor möglich. Es wäre unverhältnismässig, wenn er in den beiden Ställen unterschiedliche Fütterungssysteme einführen müsste. Ein Falttor hätte einen zusätzlichen Auftrag in der Breite, so dass der Öffnungswinkel nicht mehr genüge. Aufgrund der Y-förmigen Abstützung der Dachpfetten könnte ein Flügeltor nicht einmal parallel der Innenwände der Tenne maximal geöffnet werden. Die natürliche Beleuchtung des Stalls genüge den Anforderungen der Tierschutzverordnung nicht mehr, weshalb das alte Tor ohnehin hätte ausgewechselt werden müssen. Sollte die Befahrbarkeit mit der Mischmaschine nicht mehr gewährleistet sein und die Belichtung nicht der Tierschutzgesetzgebung entsprechen, müsste die Tierhaltung in diesem Stall aufgegeben werden. Dies käme einer materiellen Enteignung gleich. Die Wiederherstellungsmassnahme stelle einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, der weder im öffentlichen Interesse liege noch verhältnismässig sei. Die Gemeinde macht geltend, die Gründe einer effizienteren Fütterung seien vorgeschoben. Aufgrund der topografischen Verhältnisse könne nur rückwärts zum Stall gefahren werden. Das Hineinfahren und Abladen des Futters im Stallinnern sei bei dieser engen Einfahrtssituation in jedem Fall schwierig. Sie bezweifle daher, dass die in der Beschwerde genannte Fütterungsmethode überhaupt zur Anwendung komme. Es sei eher davon auszugehen, dass das Futter vor dem Stall deponiert und dann mit einem kleineren Fahrzeug in den Stall befördert werde.

g) Im vorliegend betroffenen alten Stall werden etwa neun Kühe in der Zeit vor dem Abkalben gehalten. Dieser Stall wurde nicht für eine maschinelle Bewirtschaftung mit grossen Fahrzeugen gebaut. Der heute verwendete grosse Mischwagen mit 14 m³ Inhalt wurde für die Versorgung des vergrösserten Tierbestands im neuen Stall angeschafft, wo er eine rationelle Fütterung der 80 Tiere erlaubt. Für die Versorgung der acht bis neun Kühe, die 1/10 des Viehbestandes des Beschwerdeführers ausmachen, sind keine so grossen landwirtschaftlichen Maschinen erforderlich. Das Ein- und Ausfahren mit dem Mischwagen erfordert etliches fahrerisches Geschick: Die engen Platzverhältnisse zwischen der Scheune und dem Wohnstock verunmöglichen ein weites Ausholen beim Einmanövrieren. Erschwerend kommt hinzu, dass das Terrain gegen Osten leicht ansteigt und auch die Scheune eng ist.³⁰ Der Traktor mit dem Mischwagen lässt sich nur von einem

³⁰ Vgl. Fotos Nr. 14-24, Augenschein vom 6. Oktober 2015

mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten Fahrzeuglenker mit einem präzisen Manöver in die Scheune einfahren. Die Verhältnisse erlauben somit auch heute kein komfortables Ein- und Ausfahren mit dem grossen Mischwagen.

h) Die Gemeinde hat lediglich in Bezug auf das Scheunentor eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verlangt, was angesichts der umfangreichen unbewilligten Änderungen am Bauernhaus das Minimum darstellt. Zudem hat der Beschwerdeführer die Möglichkeit, anstelle des ursprünglichen Holzflügeltors ein hälftig geteiltes Mehrflügeltor oder Falttor zu erstellen. Die Gemeinde räumt dem Beschwerdeführer damit einen Spielraum ein, um seinem Anliegen an die Befahrbarkeit der Scheune und einer weiterhin rationellen Bewirtschaftung Rechnung zu tragen. Anlässlich des Augenscheins wurden die Gegebenheiten erörtert. Die Dachstützen links und rechts des Tores schränken das Öffnen der Torflügel gegen aussen ein. Da aufgrund der Platzverhältnisse von Westen her in die Scheune ein- und ausgefahren wird, sollte der rechte Torflügel aussen möglichst nicht vorstehen. Ein horizontal geteiltes Falttor vermöchte die Einfahrtssituation allerdings nicht wesentlich zu verbessern, da die Dachstützen das Zurückklappen im oberen Teil nach wie vor verhindern würden, was für höhere Fahrzeuge wie beispielsweise einen Kipplader problematisch wäre.³¹ Der rechte Torflügel könnte sich hingegen gegen innen öffnen und an der Wand arretiert werden.³² Inwiefern die Dachstützen das Öffnen des Torflügels gegen innen verhindern sollen, ist nicht erkennbar. Selbst wenn sich der Torflügel nicht ganz an die Wand zurückklappen liesse, würde dies die Befahrbarkeit der Scheune nicht verunmöglichen. Weil das Futter auf der rechten Seite abgeladen wird, muss ohnehin ein gewisser Abstand eingehalten werden.³³ Der linke Torflügel ist für das Einfahren nicht problematisch. Damit er nicht die Futterkrippe abdeckt und für zusätzliche Dunkelheit im Stall sorgt, kann er sich gegen aussen öffnen, was bereits früher der Fall war. Auf dieser Seite wäre ein arretierbares Falttor vorteilhaft. Demnach stehen Lösungen für die Ausgestaltung eines Flügeltors zur Verfügung, bei denen die Toreinfahrt nur minimal verschmälert würde. Die Befahrbarkeit der Scheune ist auch damit gewährleistet. Eine zeitgemässe Bewirtschaftung wird nicht verunmöglicht, selbst wenn das Futter auf ein kleineres Fahrzeug umgeladen oder mit dem Mischwagen vor dem Stall deponiert werden müsste.

³¹ Protokoll des Augenscheins vom 6. Oktober 2015, S. 6, 7

³² Vgl. Fotodokumentation des früheren Zustandes, Vorakten Beilagenregister 2

³³ Vgl. Fotos Nr. 10, 12, 13, 21, Augenschein vom 6. Oktober 2015

i) Weder die Wirtschaftsfreiheit noch die Eigentumsfreiheit geben Anspruch darauf, den alten Ökonomieteil so umzugestalten, dass die Scheune mit einer für diesen Stall überdimensionierten Fütterungsmaschine befahrbar ist. Der Beschwerdeführer wird durch die Wiederherstellungsmassnahme weder an der Ausübung seiner Berufstätigkeit noch an der Nutzung seines Eigentums gehindert. Die Grundrechte geben keinen Anspruch darauf, Bauten im Interesse einer rationellen maschinellen Bewirtschaftung nach Belieben oder illegal umzugestalten. Die Bauordnung wurde im öffentlichen Interesse erlassen und stellt eine genügende gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Freiheitsrechte und des Eigentums dar. Auch das Interesse des Tierschutzes steht einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht entgegen. Die BVE stellte am Augenschein zwar auch fest, dass der Stall sogar bei vollständig geöffnetem Tor dunkel und düster ist. Nach Aussage der Gemeinde kann eine genügende Belichtung mittels Lichtband im Scheunentor oder durch weitere Fensteröffnungen im Mauerwerk erreicht werden.

j) Mit der Option eines Mehrflügel- oder Falttores hat die Gemeinde dem Beschwerdeführer ein milderes Mittel als die Erstellung eines zweiflügligen Holztores, wie es früher bestand, angeboten. Zudem hat sie signalisiert, dass auch Lösungen für eine bessere Belichtung möglich sind. Es liegt am Beschwerdeführer, der Gemeinde ein genehmigungsfähiges Projekt vorzulegen. Nach dem Gesagten erweist sich die Wiederherstellungsmassnahme als verhältnismässig.

7. Vorinstanzliche Kosten

Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung der Kostenverfügung (Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung), ohne dies aber zu begründen. Die Verlegung der vorinstanzlichen Kosten erfolgt nicht nach dem Unterliegerprinzip von Art. 108 VRPG. Die Gemeinde hat das Baubewilligungsverfahren durchgeführt und Fachberichte sowie die Verfügung des AGR zur Zonenkonformität eingeholt. Nach Art. 52 BewD trägt der Baugesuchsteller diese Kosten, und zwar auch im Falle eines Bauabschlags. Die Kostenverlegung des baupolizeilichen Verfahrens erfolgt nach dem Verursacherprinzip. Demnach soll diejenige Person den Aufwand bezahlen (oder sich angemessen daran beteiligen), welche die Amtshandlung veranlasst oder verursacht hat, wobei kein

Verschulden erforderlich ist.³⁴ Der Beschwerdeführer hat den baupolizeilichen Aufwand mit der unrechtmässigen Bauausführung verursacht. Er macht nicht geltend, dass die Gemeinde dafür zu hohe Gebühren erhoben habe. Mangels genügender Begründung ist insoweit nicht weiter auf die Beschwerde einzutreten.

8. Kosten des Beschwerdeverfahrens

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'400.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁵). Für den Augenschein vom 6. Oktober 2015 wird eine zusätzliche Gebühr von Fr. 300.– erhoben (Art. 20 Abs. 1 GebV). Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit Fr. 1'700.–.

b) 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 Präzisierung der Wiederherstellungsverfügung erfolgt von Amtes wegen und rechtfertigt keine Ausscheidung von Verfahrenskosten. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs konnte im vorliegenden Verfahren geheilt werden und hat keine Auswirkung im Kostenpunkt (siehe Erwägung 2). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer und hat die Verfahrenskosten von Fr. 1'700.– zu tragen.

c) Für die Verlegung der Parteikosten gilt ebenfalls das Unterliegerprinzip (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Gemeinde ist nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen und war nicht anwaltlich vertreten (vgl. Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG). Sie hat daher keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Parteikosten werden keine gesprochen.

³⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 107 N. 1 f.; Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, 2014, S. 308 Rz. 755 ff.

³⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Ziffer 3 der Wiederherstellungsverfügung wird von Amtes wegen wie folgt präzisiert:

"Sie werden aufgefordert, das Scheunentor innerhalb von 6 Monaten seit der Bauabschlag in Rechtskraft erwachsen ist, in den ursprünglichen Zustand (Holzflügeltor) zu versetzen. Die Montage eines Mehrflügel- bzw. Faltores ist ebenfalls möglich. Es ist eine entsprechende Ausführungsskizze zur Genehmigung einzureichen."

Im Übrigen wird der Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde Grossaffoltern vom 30. April 2015 bestätigt.

3. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'700.– werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Grossaffoltern, handelnd durch den Gemeinderat, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer

Regierungsrätin