

# ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2015/30

Bern, 14. Oktober 2015

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. \_\_\_\_\_

und



Herrn **C.** \_\_\_\_\_  
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter

\_\_\_\_\_ sowie

**Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf, Baudirektion**, Lyssachstrasse 92, Postfach,  
3401 Burgdorf

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf vom 10. April 2015  
(2013-P0020; Fenster an schützenswertem K-Objekt)

## I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der Liegenschaft Burgdorf Grundbuchblatt Nr. D. \_\_\_\_\_. Die Parzelle liegt in der Mischzone Altstadt (MA III). Das Gebäude ist ein schützenswertes Baudenkmal. Mit Gesamtentscheid vom 22. August 2013 erteilte das Regierungsstatthalteramt Emmental dem von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten die Baubewilligung für die Sanierung der bestehenden Gastronomieräume und den Einbau eines Fumoirs. Die Bewilligung enthielt unter anderem folgende Auflagen der Denkmalpflege:

- «- Die materialgerechten Holzfenster mit fixen, flügelrahmenbündigen Aussen- und Innensprossen sind in ihrer Detaillierung (Pläne des Fensterbauers) vorgängig der Denkmalpflege vorzulegen.
- Allfällige neue Farbgebungen oder Holzbehandlungen der gassenseitigen Stube im 1. OG sind mit der Denkmalpflege vorgängig abzusprechen.»

Im Oktober 2013 stellte die Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf fest, dass die Fenster im Erd- und Obergeschoss (Seite E. \_\_\_\_\_gasse) bereits ausgewechselt worden waren, ohne dass die Pläne vorgängig der Kantonalen Denkmalpflege zur Beurteilung vorgelegt worden wären. Mit Brief vom 23. Oktober 2013 teilte sie dem Beschwerdeführer mit, die neuen Fenster würden den Auflagen wohl nicht entsprechen und gab ihm Gelegenheit, innerhalb von 10 Tagen zum Sachverhalt schriftlich Stellung zu nehmen. Mit E-Mail vom 10. November 2013 teilte der Beschwerdeführer mit, er habe die verantwortliche Firma aufgefordert, die falsch gelieferten Fenster im 1. Stock sofort auszutauschen. Mit Verfügung vom 18. November 2013 forderte die Vorinstanz den Beschwerdeführer und den von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten auf, die Fenster im Erd- und Obergeschoss (Fassadenseite zur E. \_\_\_\_\_gasse) innert 60 Tagen korrekt zu sanieren, d.h. nach den Weisungen der Kantonalen Denkmalpflege zu ersetzen. Für den Fall der Nichtbefolgung wurde die Ersatzvornahme angedroht. Diese Wiederherstellungsverfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

2. Da die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausblieb, stellte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer und dem von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten mit Verfügung vom 10. April 2015 die Ersatzvornahme in Aussicht und legte die Vollstreckungsmodalitäten fest. Sie wies darauf hin, dass es dem Verfügungsadressaten frei stehe, die Wiederherstellungsmassnahmen selber in Auftrag zu geben bzw. auszuführen. In diesem Fall sei die Baupolizeibehörde bis spätestens am 8. Mai 2015 darüber zu informieren. Mit Schreiben vom 8. Mai 2015 teilte der Anwalt des Beschwerdeführers der Vorinstanz mit, die alten Fenster seien noch vorhanden. Der Beschwerdeführer werde deren Wiedereinbau veranlassen. Dazu benötige er eine Frist bis zum 31. Juli 2015.

3. Gegen die Verfügung vom 10. April 2015 reichte der Beschwerdeführer am 8. Mai 2015 zudem Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt, die Ersatzvornahmeverfügung sei aufzuheben. Da die Prüfung unterlassen worden sei, ob die alten Fenster wieder eingebaut werden könnten, sei die Verfügung auf Ersatzvornahme mit neuen Fenstern unverhältnismässig.

4. In ihrer Vernehmlassung vom 8. Juni 2015 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer habe im vorinstanzlichen Verfahren nie geltend gemacht, die ausgebauten Fenster seien noch vorhanden und könnten allenfalls wieder eingebaut werden.

5. Mit Schreiben vom 9. Juni 2015 teilte der Anwalt des Beschwerdeführers der Vorinstanz mit, die alten Fenster seien wieder eingebaut worden. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet<sup>1</sup>, bat daraufhin die Vorinstanz und die Kantonale Denkmalpflege, die Situation vor Ort zu prüfen und mitzuteilen, ob mit dem Wiedereinbau der alten Fenster der Wiederherstellungsverfügung vom 18. November 2013 hinreichend Rechnung getragen worden sei. Nach der Prüfung der Situation am 1. Juli 2015 vor Ort nahmen die Stadt Burgdorf und auch die Denkmalpflege des Kantons Bern (KDP) dazu Stellung. Schliesslich erhielten alle Beteiligten die Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Auf die Rechtsschriften und Vorakten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

## **II. Erwägungen**

### **1. Sachurteilsvoraussetzungen**

a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 BauG<sup>2</sup> können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

---

<sup>1</sup> 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)

<sup>2</sup> Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

b) Der Beschwerdeführer ist als Adressat und Grundeigentümer durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

## 2. Ersatzvornahmeverfügung

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die fraglichen Fenster seien von der beauftragten Firma falsch produziert und eingebaut worden. Die alten Fenster seien noch vorhanden. Der Beschwerdeführer gedenke, diese spätestens bis 31. Juli 2015 wieder einbauen zu lassen. Da die Prüfung unterlassen worden sei, ob die alten Fenster wieder eingebaut werden könnten, sei die Verfügung auf Ersatzvornahme mit neuen Fenstern unverhältnismässig.

b) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Anordnung der Ersatzvornahme, d.h. eine Vollstreckungsverfügung. Die ihr zugrunde liegende Sachverfügung (Wiederherstellungsverfügung) ist rechtskräftig geworden und kann grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden. Es kann nur noch geltend gemacht werden, was nicht schon gegen die Wiederherstellungsverfügung vorgebracht werden konnte. Überprüfbar sind nur noch die von der Wiederherstellungsverfügung nicht erfassten Modalitäten der Ersatzvornahme. Namentlich kann gerügt werden, es fehle an den Voraussetzungen für die Ersatzvornahme, diese sei rechtswidrig, beispielsweise weil sie über das in der Wiederherstellungsverfügung Angeordnete hinausgehe oder sie sei unverhältnismässig.<sup>3</sup>

c) Da die Wiederherstellungsverfügung vom 18. November 2013 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, ist sie vollstreckbar. Der Beschwerdeführer hat die Fenster im Erd- und Obergeschoss innert Frist nicht denkmalpflegerisch korrekt saniert. Die Vorinstanz hat deshalb unbestritten zu Recht eine Ersatzvornahmeverfügung erlassen und die Vollstreckungsmodalitäten detailliert festgelegt. Der Beschwerdeführer rügt einzig die Unverhältnismässigkeit der Verfügung auf Ersatzvornahme mit neuen Fenstern, da die alten Fenster noch vorhanden seien. Das Verhältnismässigkeitsprinzip besagt, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zur Erreichung des angestrebten Ziels

---

<sup>3</sup> Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 49 N. 4 Lemma 4

geeignet sowie erforderlich und dem Betroffenen zumutbar sein muss. Die verfügte Ersatzvornahme dient der Wiederherstellung des baurechtskonformen Zustands. Die Vorinstanz wusste nicht, dass die alten Fenster noch vorhanden sind. Selbst wenn sie es gewusst hätte, hätte sie diese im Rahmen der Ersatzvornahme nicht selber einbauen können, da sie nicht darauf zugreifen konnte. Unter diesen Umständen war die gewählte Massnahme, neue Fenster herstellen zu lassen, erforderlich. Das angestrebte Ziel liess sich ohne Mitwirkung des Beschwerdeführers nicht mit weniger einschneidenden Massnahmen erreichen. Die Beschwerde erweist sich deshalb als unbegründet.

d) Während des Beschwerdeverfahrens hat der Beschwerdeführer die Fenster im ersten Obergeschoss zur E.\_\_\_\_\_gasse wieder durch die alten Fenster ersetzt. Das grosse Fenster im Erdgeschoss zur E.\_\_\_\_\_gasse wurde hingegen nicht mit dem alten Fenster ersetzt. Die neuen Fenster wurden aber mit flügelrahmenbündigen Aussensprossen nachträglich ergänzt. Die Vorinstanz und die Kantonale Denkmalpflege haben die Situation am 1. Juli 2015 vor Ort überprüft. Gemäss Stellungnahme der Kantonalen Denkmalpflege erfüllen die Fenster im ersten Obergeschoss die Vorgaben für schützenswerte Baudenkmäler grundsätzlich. Bei neuen Fenstern an einem Gebäude dieser Bauzeit würde sie aber einen Grauton verlangen. Die grossen Fenster im Erdgeschoss entsprechen in der nun vorliegenden Form teilweise den denkmalpflegerischen Vorgaben. Es fehlen noch die nach Fachbericht geforderten Innensprossen und die Farbgebung (greller Weissston) wirkt störend. Durch ein Zurücknehmen des Fensters in einem leichten Grauton könnte die Situation aber verbessert werden. Durch diese beiden Korrekturen liessen sich die Fenster in eine aus denkmalpflegerischer Sicht akzeptable Form bringen. Die Stadt Burgdorf schliesst sich in ihrer Stellungnahme derjenigen der Kantonalen Denkmalpflege an. Soweit der Beschwerdeführer den rechtmässigen Zustand während des Beschwerdeverfahrens teilweise wiederhergestellt hat, ist das Beschwerdeverfahren gegenstandslos geworden. Die Modalitäten der Ersatzvornahme sind der veränderten Situation anzupassen.

### 3. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen vorliegend einzig aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG<sup>4</sup>). Diese wird festgesetzt auf Fr. 600.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG, Art. 19 Abs. 1 GebV<sup>5</sup>). Laut Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten 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. Der Beschwerdeführer hat mit dem Wiedereinbau der alten Fenster im Obergeschoss und dem Einbau von Aussensprossen im Erdgeschoss dafür gesorgt, dass das Beschwerdeverfahren teilweise gegenstandslos geworden ist. Im Übrigen dringt er mit seinem Antrag, die Ersatzvornahmeverfügung sei aufzuheben, nicht durch. Als unterliegende Partei hat er deshalb die Verfahrenskosten zu tragen.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und Abs. 4 VRPG).

### III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit das Beschwerdeverfahren nicht als gegenstandslos abgeschrieben werden kann. Die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf vom 10. April 2015 wird wie folgt geändert:

«1. Die Baupolizeibehörde wird die Ersatzvornahme nach Rechtskraft der Verfügung auslösen, indem eine Drittfirma

a) am Fenster im Erdgeschoss zur E. \_\_\_\_\_gasse die fehlenden flügelrahmenbündigen Innensprossen gemäss den Auflagen der Kantonalen Denkmalpflege ergänzen, d.h. fix aufkleben wird;

b) das Fenster im Erdgeschoss zur E. \_\_\_\_\_gasse gemäss den Auflagen der Kantonalen Denkmalpflege in einen leichten Grauton streicht.

---

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

<sup>5</sup> Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

2. und 3. Aufgehoben.

4. Unverändert.

5. Es steht dem Verfügungsadressaten frei, die Wiederherstellungsmassnahmen vor Inkrafttreten der Verfügung selber in Auftrag zu geben oder auszuführen. Die Baupolizeibehörde ist darüber unverzüglich, d. h. bis spätestens **10. November 2015** zu informieren. Die Anpassungen sind der Kantonalen Denkmalpflege vor der Ausführung zur Genehmigung vorzulegen und die Ausführung ist durch die Fachstelle begleiten zu lassen. Die schriftliche Zustimmung der KDP ist der Baupolizeibehörde vor der Ausführung der notwendigen Anpassungen vorzulegen. Der Vollzug ist der Baudirektion zur Abnahme anzumelden.»

Im Übrigen wird die Verfügung der Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf vom 10. April 2015 bestätigt.

2. Die Verfahrenskosten von Fr. 600.00 werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

#### IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B.\_\_\_\_\_, eingeschrieben
- Herrn C.\_\_\_\_\_, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Stadt Burgdorf, Baudirektion, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Emmental, zur Kenntnis
- Denkmalpflege des Kantons Bern (KDP), zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND  
ENERGIEDIREKTION  
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer  
Regierungsrätin