

# ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2019/61

Bern, 13. November 2019

in der Beschwerdesache zwischen

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

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_

und



**Baupolizeibehörde der Gemeinde Burgistein, Gemeindeverwaltung**, per Adresse  
RegioBV Westamt, Vorgasse 1, 3665 Wattenwil

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Burgistein vom 14. August 2019 (BG-Nr. 1156 / 2012; Fertigstellung Abschränkung)

## I. Sachverhalt

1. Die Gemeinde Burgistein erteilte dem Beschwerdeführer am 22. August 2012 die Baubewilligung für den Umbau des Gebäudes auf seinem Grundstück. Da bei der bisherigen Ausfahrt direkt auf die Kantonsstrasse die Verkehrssicherheit nicht gewährleistet war, umfasste diese Bewilligung insbesondere auch die Aufhebung dieser Ein- und Ausfahrt und die Erstellung einer neuen Erschliessung des Grundstücks über die Gemeindestrasse. Die bewilligten Pläne sahen vor, die bestehende Ein- und Ausfahrt über die Kantonsstrasse mit einbetonierten Pfosten und einer Sicherheitskette abzusperren. Auf Nachfrage der Gemeinde erklärte der Beschwerdeführer Anfang 2018, er werde die Absperrung der alten Grundstückzufahrt nicht vornehmen. Mit Verfügung vom 27. Februar 2018 forderte die Gemeinde den Beschwerdeführer auf, die fixe Abschränkung mit einbetonierten Pfosten und Sicherheitskette gemäss bewilligtem Situationsplan bis Ende

April 2018 zu erstellen. Am 9. April 2018 führte die Gemeinde eine Begehung mit der Eigentümerschaft sowie einem Vertreter des Strasseninspektorats durch, an welcher der Beschwerdeführer vorschlug, nur einen Teil der Zufahrt abzusperren und 10 m der alten Zufahrt offen zu lassen. Diesem Vorschlag konnte das Tiefbauamt des Kantons Bern, Oberingenieurskreis II (TBA OIK II), nicht zustimmen. Es hielt mit Schreiben vom 12. Juni 2018 fest, die Ein- und Ausfahrt müsse komplett abgesperrt werden. Die Längsabspernung müsse mit Pfosten und Kette mindestens 0.5 m vom Fahrbahnrand entfernt stehen und die Pfosten dürften maximal 1.8 m voneinander entfernt sein. Daraufhin verfügte die Gemeinde am 20. August 2018 erneut die Fertigstellung der Absperrung und ergänzte die Anordnung mit den Ausführungsvorgaben des TBA OIK II. Die Absperrung sei bis Ende September 2018 zu erstellen. Zu dieser Verfügung nahm der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 19. September 2018 Stellung. Die Gemeinde nahm das Schreiben als Beschwerde entgegen und leitete es zuständigkeitshalber an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) weiter. Mit Entscheid vom 1. Februar 2019 wies die BVE die Beschwerde ab und bestätigte die Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde vom 20. August 2018. Die inzwischen abgelaufene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands setzte sie neu bis am 15. März 2019 an. Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft.

2. Mit Verfügung vom 21. Mai 2019 stellte die Gemeinde fest, innerhalb der angesetzten Frist sei die Abschränkung nicht oder nicht vorschriftsgemäss erstellt worden. Dementsprechend verfügte sie die Durchführung der Ersatzvornahme am 1. Juli 2019 durch eine beauftragte Unternehmung. Gleichzeitig wies sie den Beschwerdeführer darauf hin, es stehe ihm frei, bis am 24. Juni 2019 die im Entscheid vom 1. Februar 2019 verlangten Massnahmen selber vorzunehmen. Mit Schreiben vom 3. Juni 2019 teilte der Beschwerdeführer der Gemeinde mit, er habe sich entschlossen, anstelle der Pfosten eine Betonmauer zu erstellen und auf den darauf einbetonierten Stahlrohren einen Maschendrahtzaun zu befestigen. Daraufhin holte die Gemeinde insbesondere die Stellungnahme des TBA OIK II ein. Sowohl die Gemeinde wie auch das TBA OIK II waren der Auffassung, sie könnten einer solchen Lösung unter bestimmten Voraussetzungen zustimmen. Dies teilten sie dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 1. Juli 2019 mit. Gleichzeitig hielten sie fest, der Beschwerdeführer habe telefonisch eine weitere Lösung mittels Terrainaufschüttung erwähnt; eine natürliche Anböschung ohne bauliche Massnahmen sei aber sicherlich nicht möglich. Die Gemeinde verlangte weiter, die neu vorgesehene Lösung müsse bis Ende Juli 2019 bei der Baubewilligungsbehörde

eingereicht werden. Falls innerhalb dieser Frist keine Eingabe erfolge, werde die Ersatzvornahme neu angesetzt und terminiert. Am 31. Juli 2019 ging bei der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde ein Vorschlag für die Einfahrtsverbauung C.\_\_\_\_\_strasse der Unternehmung D.\_\_\_\_\_ AG vom 29. Juli 2019 ein. Dieser sah im Bereich der Ein- und Ausfahrt auf die Kantonsstrasse ein Trockenbiotop vor. Die eigentliche Abschränkung sollten Steinbeet-Steine bilden. Mit Verfügung vom 14. August 2019 teilte die Gemeinde mit, ein Abschluss mit Blocksteinen sei bereits früher als nicht genehmigungsfähig beurteilt worden. Sie sei nicht mehr bereit, auf weitere Ausführungsmöglichkeiten einzutreten. Daher setzte die Gemeinde die Durchführung der Ersatzvornahme für die Wiederherstellungsmassnahme neu bis am 23. September 2019 an.

3. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. September 2019 Beschwerde bei der BVE. Er beantragt, die Verfügung der Gemeinde Burgistein vom 14. August 2019 sei aufzuheben und die Einfahrtsverbauung sei gemäss dem Projekt der Firma D.\_\_\_\_\_ AG, Steffisburg vom 29. Juli 2019 anzuordnen.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet<sup>1</sup>, holte bei der Gemeinde die Vorakten sowie eine Stellungnahme ein.

## **II. Erwägungen**

### **1. Prozessvoraussetzungen**

Angefochten ist eine Ersatzvornahmeverfügung, mit welcher eine Wiederherstellungsverfügung durchgesetzt werden soll. Diese unterliegt dem gleichen Rechtsmittel wie die Verfügung in der Sache (Art. 116 Abs. 3 VRPG<sup>2</sup>).<sup>3</sup> Gemäss Art. 49

---

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

<sup>3</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 116 N. 11 f.

Abs. 1 BauG<sup>4</sup> können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Der Beschwerdeführer ist als Adressat durch die angefochtene Verfügung beschwert und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

## 2. Streitgegenstand

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei der Aufforderung der Gemeinde nachgekommen, die D. \_\_\_\_\_ AG mit der Erstellung eines Konzepts zur Abschränkung zu beauftragen. Es könne doch nicht sein, dass die Gemeinde dieses sauber erarbeitete Projekt nicht prüfe. Insbesondere da damit sämtliche Vorgaben der Gemeinde Burgistein sowie des OIK II erfüllt würden.

b) Angefochten ist die Verfügung der Ersatzvornahme der Gemeinde vom 14. August 2019, mit der die Wiederherstellungsverfügung vom 20. August 2018 durchgesetzt werden soll. Zur Vollstreckung rechtskräftiger Verfügungen braucht es drei Schritte: Die Wiederherstellungsverfügung, die Ersatzvornahmeverfügung (gleichbedeutend mit Vollstreckungsverfügung) und die Durchführung der Ersatzvornahme. Die Vollstreckungsverfügung ist nur insoweit ein taugliches Anfechtungsobjekt, als die oder der Pflichtige damit über die Wiederherstellungsverfügung hinaus neu belastet wird. Gegen die Ersatzvornahme kann nur noch geltend gemacht werden, was nicht schon gegen die Wiederherstellungsverfügung vorgebracht werden konnte, resp. was von der Rechtskraftwirkung der zugrunde liegenden Sachverfügung nicht umfasst wird.<sup>5</sup>

c) Die Wiederherstellungsverfügung vom 20. August 2018 der Gemeinde Burgistein ist nach dem Entscheid der BVE vom 1. Februar 2019 in Rechtskraft erwachsen und damit vollstreckbar geworden. Demnach sollte die Abschränkung (inkl. Sicherheitskette) gemäss dem ursprünglich bewilligten Situationsplan vom 12. Juli 2012 ausgeführt werden. Die Pfosten (einbetoniert) sollten mindestens 0.5 m ab Fahrbahnrand erstellt werden. Der Pfostenabstand sollte maximal 1.8 m betragen und die Pfosten dürften nicht in

---

<sup>4</sup> Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721).

<sup>5</sup> Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 47 N. 4.

demontierbarer Form erstellt werden.<sup>6</sup> Mit der Wiederherstellungsverfügung wurde die Art und Weise der Erstellung der Abschränkung verbindlich festgelegt. Diese kann somit im vorliegenden Vollstreckungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Gemeinde dem Beschwerdeführer kulanterweise mit Verfügung vom 1. Juli 2019 Gelegenheit gegeben hat, in Abweichung zur bereits verbindlich verfügten Wiederherstellungsmassnahme ein neues Projekt einzureichen. Sie hat dabei insbesondere die Voraussetzungen, unter welchen sie auf die verfügten Wiederherstellungsmassnahmen verzichten würde, klar kommuniziert. Der Beschwerdeführer ist auf dieses Angebot nicht eingegangen. Soweit der Beschwerdeführer die Rechtmässigkeit der Wiederherstellungsmassnahme rügt und die Prüfung eines neuen Vorschlags resp. die Anordnung der Einfahrtsverbauung gemäss diesem Vorschlag verlangt, kann darauf nicht eingetreten werden.

### 3. Die Abschränkung zur Kantonsstrasse

a) Zu den zulässigen Gründen, die gegen die Vollstreckungsverfügung vorgebracht werden können, gehört insbesondere die Nichtigkeit der Sachverfügung.<sup>7</sup> Zudem müssen die Voraussetzungen der Ersatzvornahme erfüllt sein: Die Wiederherstellungsverfügung muss vollstreckbar sein, der Pflichtige darf die baupolizeiliche Anordnung nicht selber erfüllt haben und die angedrohte Vollstreckung der Ersatzvornahme muss geeignet sein.<sup>8</sup> Schliesslich ist die Ersatzvornahme zweckmässig und schonend durchzuführen. Es dürfen den Betroffenen nicht Nachteile zugefügt werden, die der Vollzug der Wiederherstellung nicht verlangt.<sup>9</sup> Die Ersatzvornahme darf nicht über das in der Wiederherstellungsverfügung Angeordnete hinausgehen.<sup>10</sup>

b) Der Beschwerdeführer macht zu Recht nicht geltend, die Wiederherstellungsverfügung sei nichtig. Der Beschwerdeführer hat die rechtskräftig angeordnete Wiederherstellungsmassnahme zudem nicht resp. nicht korrekt ausgeführt. Er hat die Zufahrt bisher nicht, wie in der Wiederherstellungsverfügung verlangt, vollständig

---

<sup>6</sup> Vgl. Vorakten 1.1.

<sup>7</sup> Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 116 N. 7 f., N. 11 ff.

<sup>8</sup> Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 3.

<sup>9</sup> VGE 100/2015/7 vom 14. August 2015, E. 2.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 5a.

<sup>10</sup> Zaugg/Ludwig, Art. 49 N. 4.

abgesperrt. Die Wiederherstellungsmassnahme ist in der Wiederherstellungsverfügung auch konkret genug formuliert; aus der Wiederherstellungsverfügung geht klar hervor, wie die Abschränkung zu konstruieren ist. Sie ist damit auch vollstreckbar. Die verfügte Ersatzvornahme deckt sich mit der Wiederherstellungsmassnahme und ist auch geeignet, den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Der Beschwerdeführer hat die Art und Weise der Wiederherstellungsmassnahmen in seinem ursprünglichen Bauvorhaben selber vorgeschlagen und die Ersatzvornahme ist erforderlich, um die Verkehrssicherheit gewährleisten zu können. Die Ersatzvornahme ist dementsprechend auch verhältnismässig. Die Voraussetzungen für die Ersatzvornahme sind erfüllt.

Demzufolge erweist sich die vom Beschwerdeführer eingereichte Beschwerde als unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann, und ist abzuweisen. Die von der Gemeinde angeordnete Ersatzvornahme ist zu bestätigen.

c) Der in der Verfügung vom 14. August 2019 angesetzte Termin für die Ersatzvornahme ist aufgrund des vorliegenden Verfahrens mittlerweile verstrichen. Die Gemeinde muss daher den Zeitpunkt für die Ersatzvornahme neu festlegen. Die Ersatzvornahme muss grundsätzlich in Form einer Verfügung angedroht werden (Art. 46 Abs. 2 BauG). Die nach unbenütztem Ablauf der Wiederherstellungsfrist ergehende Mitteilung an den Pflichtigen, wann genau zur Ersatzvornahme geschritten werde, ist jedoch keine anfechtbare Verfügung mehr, sofern sie sich im Rahmen der vorausgegangenen Androhungen bewegt (Art. 47 Abs. 1 BauG).<sup>11</sup> Die Gemeinde Burgistein wird daher aufgefordert, dem Beschwerdeführer den genauen Zeitpunkt für die Wiederherstellung mitzuteilen. Diese Mitteilung der Gemeinde ist nicht mehr anfechtbar.

#### 4. Entzug der aufschiebenden Wirkung

a) Aus wichtigen Gründen kann die entscheidende Behörde anordnen, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme (Art. 82 in Verbindung mit Art. 68 Abs. 2 VRPG). Da die aufschiebende Wirkung die Regel ist, darf davon nur unter besonderen Verhältnissen abgewichen werden. Wichtige Gründe in diesem Sinn sind nur bedeutende und dringliche öffentliche oder private Anliegen, die den Interessen an einem

---

<sup>11</sup> Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 47 N. 4.

Aufschub der Wirksamkeit einer Anordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage vorgehen. Die aufschiebende Wirkung darf nur entzogen werden, wenn die Gründe dafür gewichtiger sind als die Interessen an einem Aufschub. Als wichtiger Grund gilt insbesondere ein öffentliches Interesse, das den sofortigen Vollzug einer belastenden Verfügung erfordert (Art. 68 Abs. 5 Bst. a VRPG). Besonderes Gewicht haben die Anliegen am Schutz wichtiger Polizeigüter vor konkreten Gefahren. Der Entscheid nach Art. 68 Abs. 2 VRPG ist aufgrund der Akten – also ohne zusätzliche Beweiserhebungen – zu fällen.<sup>12</sup>

b) Die Ersatzvornahme dient der Durchsetzung der Wiederherstellungsverfügung vom 20. August 2018, mit welcher die Absperrung der Ausfahrt auf die Kantonsstrasse verlangt wurde. Im vorliegenden Fall dient die Wiederherstellungsmassnahme der Verkehrssicherheit. Die Abschränkung dient somit dem Schutz wichtiger Polizeigüter (Leib und Leben sowie erheblicher Sachwerte), womit die Wiederherstellung bzw. die Ersatzvornahme wichtige öffentliche Interessen verfolgt. Gründe für ein Zuwarten sind keine ersichtlich, vielmehr drängt sich die möglichst rasche Vollstreckung der Wiederherstellungsmassnahme auf, da sich bei dieser Ausfahrt bereits einmal ein schwerer Verkehrsunfall ereignete. Die Rechtslage in Bezug auf die Wiederherstellungsmassnahme wurde bereits mit dem rechtskräftigen Entscheid vom 1. Februar 2019 geklärt. Würde einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen, so könnte der Beschwerdeführer die Wiederherstellung mit Beschwerde gegen die Ersatzvornahmeverfügung weiter hinaus zögern. Einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

## 5. Verfahrenskosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.- (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV<sup>13</sup>). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

---

<sup>12</sup> Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 68 N. 15 ff.

<sup>13</sup> 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. Die Verfügung Ersatzvornahme der Gemeinde Burgistein vom 14. August 2019 wird bestätigt.
2. Die Gemeinde Burgistein wird aufgefordert, dem Beschwerdeführer den Zeitpunkt der Ersatzvornahme mitzuteilen.
3. Einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
4. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

### **IV. Eröffnung**

- Herrn Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Burgistein, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion**

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.