

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/180

Bern, 11. September 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

alle vertreten durch Herrn Rechtsanwalt C._____

und



Herrn **D.**_____
Beschwerdegegner

Frau **E.**_____
Beschwerdegegnerin

und

Stockwerkeigentümergeinschaft Q._____, bestehend aus:

Herrn **D.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 1

Frau **E.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 2

Herrn **F.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 3

Frau **G.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 4

Herrn **H.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 5

Frau **I.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 6

Herrn J. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 7

Frau K. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 8

Herrn L. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 9

Frau M. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 10

Herrn N. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 11

Frau O. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 12

Miteigentumsgemeinschaft Q. _____, bestehend aus den vorgenannten
Stockwerkeigentümern und:

P. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 13

per Adresse Frau O. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herzogenbuchsee, Bauabteilung,
Bernstrasse 2, Postfach 208, 3360 Herzogenbuchsee
sowie

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herzogenbuchsee
vom 8. November 2016 (0979 / 2016-018; Ausbau Dachraum)

I. Sachverhalt

1. Am 29. August 2014 erteilte die Gemeinde der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 13 eine Gesamtbaubewilligung für den Neubau eines 6-Familienhauses mit unterirdischer Einstellhalle auf Parzelle Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nrn. R. _____ und S. _____. Die von den Beschwerdeführenden dagegen erhobene Beschwerde wies die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) mit

Entscheid vom 17. Dezember 2014 ab.¹ Einem ersten Projekt auf der gleichen Parzelle und demselben Projektverfasser, jedoch mit anderen Gesuchstellern, hatte die BVE den Bauabschlag erteilt wegen fehlender Einfügung in das Ortsbild.²

Aufgrund einer Anzeige der Beschwerdeführenden vom 23. Dezember 2015 stellte die Gemeinde mit Schreiben vom 2. März 2016 an die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 13 verschiedene Abweichungen zum bewilligten Projekt fest und verlangte eine Baueinstellung sowie ein Benützungsverbot. Gleichzeitig wurde auf die Möglichkeit eines nachträglichen Baugesuchs hingewiesen und für den Fall der Nichtbefolgung die Ersatzvornahme angedroht. Die Beschwerdegegner, welche die neu errichtete Stockwerkeinheit Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nr. R. _____-1 erworben hatten³, reichten am 22. März 2016 bei der Gemeinde Herzogenbuchsee ein Baugesuch ein für den Ausbau des Dachraumes als Zimmer 4 zur Wohnung Erdgeschoss rechts mit Toilette und den Einbau eines zusätzlichen Dachfensters ($0.55 \text{ m} \times 0.78 \text{ m} = 0.42 \text{ m}^2$) im Toilettenraum Estrichgeschoss. Weitere Änderungen gegenüber den bewilligten Plänen (Vertiefung der oberen Balkonabdeckung auf Estrichebene und grosse Maueraussparung mit grösseren Firstfenstern) waren realisiert und in den neuen Plänen eingezeichnet, jedoch nicht ausdrücklich im Baugesuch erwähnt worden. Gleichzeitig reichte die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 13 sowie zwei Stockwerkeigentümer zwei weitere Baugesuche für zusätzliche (zum Teil schon erfolgte) Änderungen ein. Die Parzelle liegt in der Dorfzone (D) und im archäologischen Schutzgebiet. Herzogenbuchsee ist zudem im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) als verstädtertes Dorf aufgenommen. Aufgrund eines Mängelschreibens der Gemeinde vom 11. April 2016 reichten die Beschwerdegegner angepasste Unterlagen ein. Gegen das Bauvorhaben erhoben die Beschwerdeführenden Einsprache.

Mit Entscheid vom 8. November 2016 erteilte die Gemeinde Herzogenbuchsee die Baubewilligung (Baugesuch Nr. 2016-018). Bezüglich der zwei weiteren Baugesuche erteilte die Gemeinde gleichentags ebenfalls die Baubewilligung (Baugesuche Nrn. 2016-019 und 2016-020).

¹ Entscheid der BVE RA Nr. 110/2014/108 vom 17. Dezember 2014

² Entscheid der BVE RA Nr. 110/2011/136 vom 9. August 2012

³ Gemäss Grundbuchbuch am 24. Dezember 2015

2. Gegen die Erteilung der Baubewilligung (Baugesuch Nr. 2016-018) reichten die Beschwerdeführenden am 8. Dezember 2016 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen die Aufhebung des Gesamtentscheides vom 8. November 2016 und die Erteilung des Bauabschlags. Sie machen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Vorschriften zur Parkplatzberechnung sowie zur Ästhetik geltend. Die anderen zwei Baubewilligungsentscheide fochten sie ebenfalls an.⁴

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁵, holte die Vorakten zu den insgesamt drei Baubewilligungsverfahren ein und zog die Vorakten des Rechtsamtes bei. Danach führte es – für die drei Beschwerdeverfahren zusammen – im Beisein der Parteien und einer Delegation der kantonalen Kommission zur Pflege der Orts- und Landschaftsbilder (OLK) einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch.

Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins, zu allfälligen Wiederherstellungsmassnahmen und zum weiteren Vorgehen zu äussern. Auf entsprechende Bitte des Rechtsamts hin nahm die OLK Stellung zum Wiederherstellungsvorschlag der Beschwerdegegner. Dazu nahmen die Beschwerdegegner Stellung in ihren Schlussbemerkungen.

4. Auf die Rechtsschriften sowie auf das Ergebnis des Augenscheins wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

⁴ RA Nrn. 110/2016/181 und 110/2016/182

⁵ 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)

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG⁶ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchsteller, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Einsprache abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

b) Die Beschwerdegegner bringen in der Stellungnahme vom 27. April 2017 zum Augenscheinprotokoll vor, die obere Balkonabdeckung sei nicht Streitgegenstand, da dagegen weder Einsprache noch Beschwerde eingereicht worden sei. Dabei verweisen sie auf Erwägungen der BVE aus dem Entscheid zum gleichen Bauprojekt aus dem Jahr 2014, wonach das Geltendmachen von nicht bereits in der Einsprache erhobenen Rügen eine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstandes bewirkt.

Am 1. April 2017 ist der revidierte Art. 40 Abs. 2 BauG in Kraft getreten. Demnach entfällt die Einschränkung auf Rügen, die bereits in der Einsprache erhoben worden sind. Da es sich dabei um eine verfahrensrechtliche Regelung handelt, ist diese sofort, also auch auf hängige Beschwerdeverfahren, anzuwenden.⁷ Die Beschwerdeführenden dürfen daher im Beschwerdeverfahren neue Rügen erheben. Die Beschwerdeführenden machen in ihrer Beschwerde geltend, die Abweichungen vom ursprünglich bewilligten Vorhaben würden das Ortsbild beeinträchtigen und verweisen dabei auf den Fachbericht der OLK vom 19. August 2016. Darin hält die OLK in Bezug auf das vorliegende Verfahren insbesondere auch fest, die obere Balkonabdeckung sei aus ästhetischen Gründen nicht bewilligungsfähig. Umstritten und damit Streitgegenstand ist daher auch diese obere Balkonabdeckung.

⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁷ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 25 N. 11

2. Rechtliches Gehör

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Abweisung der Einsprache "als nicht genug begründet und ohne Erwägung zu den einzelnen Einsprachepunkten" sei willkürlich und erfülle den Tatbestand der Rechtsverweigerung. Damit rügen sie sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch ungenügende Begründung des angefochtenen Entscheids.

b) Gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG⁸ muss eine Verfügung eine Begründung enthalten. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Dazu müssten wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt.⁹ Je komplexer oder umstrittener ein Sachverhalt und je grösser der Entscheidungsspielraum der Behörde ist, desto ausführlicher und differenzierter muss auch die Begründung ausfallen. Die Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen und die Ermessensbetätigung müssen so erklärt werden, dass sie nachvollziehbar sind.¹⁰

c) Die Gemeinde stellt in ihrem Entscheid fest, das Bauvorhaben liege in der Dorfzone (D) und entspreche der im Gemeindebaureglement definierten Art der Nutzung. Das Bauvorhaben sei daher zonenkonform. Die Erschliessung erachtet die Gemeinde ebenfalls als sichergestellt, was sie entsprechend begründet. Sie wiederholt ausserdem zusammengefasst die Argumente der Beschwerdeführenden. Zudem stellt sie fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nach Gemeindebaureglement eingehalten seien. Es handle sich beim Zimmer im Dachgeschoss nicht um eine eigenständige Wohnung, da keine Kochgelegenheit vorhanden sei. Dementsprechend benötige es auch keine neue Parkplatzberechnung. Es sei richtig, dass das Giebelfenster vergrössert und zusätzliche Dachfenster eingebaut worden seien. Dies sei Bestandteil des Projektänderungsgesuchs. Die Einsprache sei auf Grund der oben erwähnten Erwägungen in öffentlich-rechtlicher Sicht nicht genug begründet und werde deshalb abgewiesen. Sie fasst zudem die Erwägungen der OLK zusammen, welche die Änderungen für nicht bewilligungsfähig hält.

⁸ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5 f.; BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1.

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 8.

Die Gemeinde führt dazu nur aus, die gesetzlichen Vorschriften nach Gemeindebaureglement seien eingehalten. Die Bewilligungsbehörde beschliesse, dass die beantragten Änderungen bewilligt würden, da sie bereits erstellt seien.

Die Gemeinde Herzogenbuchsee begründet damit nur den Einsprachepunkt zur Neuberechnung der Parkplätze. Sie begründet nicht, weshalb sie in Abweichung zum eingeholten Bericht der OLK die Integration des Baus ins sensible Ortsbild als gewährleistet ansieht. Sie geht auch nicht auf die Argumente der Beschwerdeführenden in der Einsprache ein, wonach die Giebelfassaden aufgrund der grösseren Fensterflächen viergeschossig wirken und der Einbau der Dachflächenfenster die Geschlossenheit der Dachflächen durchbricht. Sie setzt sich damit in ihrem Gesamtentscheid nicht mit allen wesentlichen Gesichtspunkten auseinander. Der Verweis darauf, dass die beantragten Änderungen bereits ausgeführt worden seien, genügt nicht. Die Gemeinde hat daher das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber dann geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und den beschwerdeführenden Personen aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Nur bei besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen schliesst die Rechtsprechung eine Heilung grundsätzlich aus.¹¹ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹² Im vorliegenden Fall ist mit Blick auf den Verfahrensausgang nicht ersichtlich, dass den Beschwerdeführenden aufgrund der Heilung der Gehörsverletzung durch die Rechtsmittelinstanz ein Nachteil erwachsen würde. Die Aufhebung des Entscheides mit Rückweisung an die Vorinstanz würde nur zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung führen. Da die BVE über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz verfügt, wird die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt.

3. Parkplatzberechnung

¹¹ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16.

¹² Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 9.

- a) Die Beschwerdeführenden rügen, aufgrund der neuen 1-Zimmerwohnung sei der Parkplatzbedarf neu zu berechnen. Dieser sei nicht mehr genügend.
- b) Bei der Wohnnutzung besteht ab vier Wohnungen eine Bandbreite von 0.5 bis 2 Abstellplätzen pro Wohnung (Art. 51 Abs. 2 BauV¹³). Gemäss den am 29. August 2014 bewilligten Plänen befinden sich auf jedem der drei Stockwerke je zwei Wohnungen. Für die bestehenden sechs Wohnungen ist somit eine Bandbreite von 3 bis 12 Parkplätzen vorgeschrieben. In der Autoeinstellhalle befinden sich zehn Parklätze für Personenwagen. Somit wären selbst dann noch genügend Parkplätze vorhanden, wenn das Ausbauvorhaben im Estrichgeschoss als eigenständige Wohnung qualifiziert würde. Diese Rüge ist daher unbegründet.

4. Ästhetik, gesetzliche Grundlage

- a) Die Beschwerdeführenden bestreiten gestützt auf den Bericht der OLK die gute Gesamtwirkung.
- b) Bauten, Anlagen, Reklamen, Anschriften und Bemalungen dürfen Landschaften, Orts- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen (Art. 9 Abs. 1 BauG). Diese Vorschrift stellt die „ästhetische Generalklausel“ im Sinne eines allgemeinen Beeinträchtigungsverbots dar. Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn ein Bauvorhaben einen Gegensatz zur bestehenden Überbauung schafft, der erheblich stört. Die Gemeinden dürfen eigene Ästhetikvorschriften erlassen, die über die kantonalen Vorschriften hinausgehen können. Derartige Vorschriften müssen, um selbständige Bedeutung zu erlangen, konkreter gefasst sein als die Anordnungen des kantonalen Rechts, sie dürfen Letztere nicht bloss allgemein anders formulieren.¹⁴

Art. 11 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde Herzogenbuchsee (GBR, Ausgabe 2015) sieht vor, dass Bauten und Anlagen so zu gestalten sind, dass zusammen mit ihrer Umgebung eine gute Gesamtwirkung entsteht. Bei der Beurteilung der guten Gesamtwirkung sind insbesondere Fassaden- und Dachgestaltung sowie die Materialisierung und Farbgebung zu berücksichtigen (Art. 11 Abs. 2 GBR).

¹³ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

¹⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 9/10 N. 4 und 13; BVR 2009 S. 328 E. 5.2 mit Hinweisen

Diese Bestimmungen gehen weiter als Art. 9 Abs. 1 BauG; ihnen kommt daher selbständige Bedeutung zu. Der Begriff „gute Gesamtwirkung“ stellt einen unbestimmten kommunalen Gesetzesbegriff dar, bei dessen Auslegung die kommunalen Behörden einen gewissen Beurteilungsspielraum haben. Jedoch dürfen auch an das Erfordernis der guten Gesamtwirkung nicht unverhältnismässig hohe Ansprüche gestellt werden. Die gute Gesamtwirkung ist weder an geringen noch an besonders hohen architektonischen Qualitäten zu messen. Das bedeutet bei durchschnittlichen örtlichen Gegebenheiten, dass das Mittelmass der Umgebung nicht gestört werden darf und sich eine neue Baute oder Anlage an den qualitativ hochwertigeren Bauten und Anlagen der Umgebung zu orientieren hat.¹⁵

c) Das Bauvorhaben liegt unmittelbar angrenzend an die Baugruppe A des Bauinventars der Gemeinde Herzogenbuchsee. Diese umfasst den historischen Dorfkern mit der Kirche auf dem Kirchhügel als alles überragender Mittelpunkt des Dorfes. Herzogenbuchsee ist zudem als verstädtertes Dorf im ISOS aufgenommen. Das ISOS inventarisiert den Kirchbezirk, das historische Zentrum und die zum Kirchhügel ansteigende Gasse mit dem Erhaltungsziel A. Dorfplatz, Kirchgasse und der Kirchbezirk finden gemäss dem Beschrieb im ISOS in der räumlichen Differenziertheit und baulichen Qualität kaum ihresgleichen in der Region. Das Bauvorhaben liegt damit in der Nähe von verschiedenen Schutzobjekten in einem sensiblen Gebiet. Das Bauvorhaben steht überdies gut sichtbar und prominent an der Einfahrt ins Ortszentrum.¹⁶

Das ISOS ist ein anderes Inventar im Sinne von Art. 13e BauV. Es gilt für die Behörden von Kanton und Gemeinden auch im Baubewilligungsverfahren zumindest als Empfehlung und ist entsprechend bei der Beurteilung des hier umstrittenen Projekts zu berücksichtigen.¹⁷ Herzogenbuchsee als verstädtertes Dorf und insbesondere die Kirchgasse und der Kirchbezirk, welche sich direkt hinter dem Bauvorhaben befinden, sollen daher möglichst erhalten bleiben und verdienen grösstmögliche Schonung.¹⁸ Diese besonders schützenswerte Umgebung ist vorliegend bei der Beurteilung der guten

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 9/10 N. 4a; BVR 2009 S. 329 E. 5.3, BVR 2006 S. 491 E. 6.3.1

¹⁶ Vgl. insbesondere Beschwerdeakten 110/2011/136, Bericht OLK vom 14. Februar 2012, S. 2 f.

¹⁷ BVR 2008 S. 117 E. 2b; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 9/10 N. 33a je mit weiteren Hinweisen

¹⁸ Vgl. im Einzelnen Art. 6 Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451)

Gesamtwirkung im Sinne von Art. 11 GBR zu berücksichtigen. Die beantragten Änderungen haben sich gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts an den qualitativ hochwertigeren Bauten und Anlagen der Umgebung zu orientieren.¹⁹

5. Überblick über die Abweichungen von der ursprünglichen Baubewilligung

Das Baugesuch umfasst gemäss Umschreibung des Bauvorhabens nur den Ausbau des Dachraumes als Zimmer 4 mit Toilette zur Wohnung im Erdgeschoss sowie den Einbau eines zusätzlichen Dachfensters ($0.55 \text{ m} \times 0.78 \text{ m} = 0.42 \text{ m}^2$) im Toilettenraum des Estrichgeschosses. Der Ausbau des Dachraums wurde teilweise bereits verwirklicht. Das zusätzliche Dachflächenfenster zur Belüftung und Belichtung des Toilettenraums haben die Beschwerdegegner noch nicht eingebaut, die entsprechende Decke ist noch nicht fertiggestellt.²⁰

Gestützt auf den Bericht der OLK vom 19. August 2016 entschied die Gemeinde zudem über folgende Abweichungen an der Fassade Nord-Westen:

- eine Vertiefung der Balkondecke (sog. obere Balkonabdeckung) giebelseitig auf Estrichebene um ca. 0.9 m (nicht mehr bündig mit dem Dachvorsprung von 1.11 m sondern neu mit einer Balkontiefe von ca. 2 m) sowie
- auf Estrichebene Realisierung einer einzigen grossen Maueraussparung von 1.55 m x 2.01 m anstelle von zwei bewilligten Firstfenstern mit den Massen 0.48 m x 1.2 m mit massivem Zwischenteil von ca. 0.3 m.

6. Obere Balkonabdeckung (Fassade Nord-Westen)

a) Die Beschwerdegegner bringen vor, die obere Balkonabdeckung sei bereits in den ursprünglichen Plänen enthalten, da die Beschattungsflächen darauf wie bei den unteren Balkonen dargestellt seien. Alle drei Balkonabdeckungen hätten die gleiche Bautiefe von je 1.92 m.²¹

¹⁹ Vgl. BVR 2009 S. 329 E. 5.3; BVR 2006 S. 491 E. 6.3.2

²⁰ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 17, sowie Foto Nr. 2 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

²¹ Vgl. dazu die Beschwerdeantwort vom 9. Januar 2017, S. 3 mit Verweis auf die Vorakten Baugesuch 2016-018 pag. 40

b) Auf dem Fassadenplan Nord-Westen zur Baubewilligung vom 29. August 2014 sind bei der oberen Balkonabdeckung auf der Höhe des Estrichgeschosses Beschattungsflächen eingezeichnet. Auf den Fassadenplänen Nord-Osten und Süd-Westen ist hingegen keine hervorstehende obere Balkonabdeckung ersichtlich. Gemäss den Beschwerdegegnern ist diese "vergessen gegangen".²² In den Plänen vom 15. März 2016 zum aktuellen Baugesuch ist die obere Balkonabdeckung vom seitlichen Blick her eingezeichnet.

Aufgrund der Beschattungsflächen auf dem bewilligten Fassadenplan Nord-Westen bestehen zwar gewisse Hinweise auf eine obere Balkonabdeckung analog den unteren Balkonen. Durch die Beschattung alleine wird die Tiefe der oberen Balkonabdeckung jedoch nicht genügend ersichtlich. Für die Darstellung der Tiefe eines Balkones ist der Blick von der Seite entscheidend.²³ Wichtig sind daher die Fassadenpläne Nord-Osten und Süd-Westen. Auf diesen ist die Balkonabdeckung nicht als hervorstehend eingezeichnet. Es ist Sache der Bauherrschaft, vollständige und widerspruchsfreie Pläne einzureichen.²⁴ Soweit die Pläne unvollständig und missverständlich sind, fallen die Mängel auf die Beschwerdegegner zurück und sie können daraus später nichts zu ihren Gunsten ableiten.²⁵ Da die obere Balkonabdeckung auf den Fassadenplänen Nord-Osten und Süd-Westen nicht als hervorstehend eingezeichnet ist, wurde die heute vorhandene, seitlich nicht mehr bündige obere Balkonabdeckung nicht genehmigt. Die Vertiefung der oberen Balkonabdeckung um ca. 0.9 m erfolgte damit ohne Baubewilligung.

c) Die Beschwerdegegner führten im Baubewilligungsverfahren aus, die obere Balkonabdeckung sei wie bewilligt ausgeführt und sei daher nicht Bestandteil des Baugesuches vom 22. März 2016.²⁶ Darauf beziehen sich die Beschwerdegegner in ihrer Beschwerde-antwort und bestätigen dies in der Stellungnahme zum Augenscheinprotokoll vom 27. April 2017. Gleichzeitig ist auf den Fassadenplänen Nord-Osten und Süd-Westen vom 15. März 2016 neu die seitlich hervorstehende obere Balkonabdeckung ersichtlich.

²² Protokoll Augenschein vom 13. März 2017, S. 9, zur analogen Balkonabdeckung gemäss Fassadenplan Süd-Osten sowie Stellungnahme zum Augenscheinprotokoll vom 27. April 2017, S. 1

²³ Vgl. dazu die Ausführungen der OLK, Protokoll Augenschein vom 13. März 2017, S. 9, zur analogen Balkonabdeckung gemäss Fassadenplan Süd-Osten

²⁴ VGE 2011.291 vom 08.06.2012, E. 3.3.3

²⁵ VGE 22473 vom 25.01.2006, E. 5.2; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 34 N. 19a

²⁶ Vorakten Baugesuch 2016-018 pag. 40

Diese Pläne hat die Gemeinde im angefochtenen Entscheid genehmigt. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen. Die Rechtsmittelinstanzen haben deshalb auch beim Fehlen eines nachträglichen Baugesuchs wenigstens summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben gegen einschlägige Vorschriften verstösst (sog. materielle Rechtswidrigkeit).²⁷ Aufgrund des Ergebnisses dieses Verfahrens kann vorliegend offen bleiben, ob die Prüfung im Rahmen eines nachträglichen Baugesuches oder als summarische Prüfung erfolgt.

d) Die Fassade, an welcher die vertiefte Balkonabdeckung verwirklicht wurde, verdeckt teilweise den Kirhhügel. Sie wird von der T. _____ strasse aus zusammen mit der Kirche (Fassade Nord-Westen) bzw. der Liegenschaft der Beschwerdeführenden (Fassade Süd-Westen), welche zur geschützten Baugruppe A gehört, wahrgenommen.²⁸ Es gelten daher erhöhte ästhetische Anforderungen (vgl. Erwägung 4).

Die OLK war bei der Ausgestaltung des Gebäudes bestrebt, die Gesamterscheinung weniger dominant und die Giebelfassaden nicht mehr viergeschossig wirken zu lassen. Die OLK führte anlässlich des Augenscheins aus, mit der oberen Balkonabdeckung werde der Eindruck eines zusätzlichen Wohngeschosses anstelle eines Estrichgeschosses erweckt. Damit werde das gestalterische Aufbauprinzip des Hauses durchbrochen, was störend wirke.²⁹ Diese Ausführungen überzeugen und werden durch die Fotos Nrn. 7 und 8 des Augenscheins verdeutlicht: Die seitlich um ca. 0.9 m vorstehende obere Balkonabdeckung lässt das Gebäude viergeschossig und damit allzu dominant wirken. Die vergrösserte obere Balkonabdeckung wirkt wie ein zusätzlicher Balkon ohne Geländer auf der Estrichebene. Dabei stört, dass die Balkonabdeckung aus süd-westlicher Sicht vorsteht und nicht mehr bündig mit dem Dachvorsprung aufhört. Die südwestliche Fassade bildet gemäss den überzeugenden Ausführungen der OLK die Hauptfassade.³⁰ Diese Ansicht ist daher besonders schützenswert. Die Vertiefung der Balkonabdeckung wirkt zudem aufgrund der grösseren Fläche auch aus nord-westlicher Sicht zu wuchtig. Damit trägt sie dazu bei, dass die heutige Ausgestaltung der Fassade das Bild dominiert, statt den

²⁷ BVR 2000 S. 416 E. 3a; vgl. ferner die weiteren Hinweise bei Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 46 N. 15a

²⁸ Vgl. Fotos Nrn. 7 und 8 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

²⁹ Vgl. Vorakten Baugesuch 2014-030 pag. 73 sowie Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 8 und 11

³⁰ Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 6

geschützten Bauten die ihnen zustehende Präsenz und Wichtigkeit zu belassen. Angesichts der erhöhten ästhetischen Anforderungen aufgrund der geschützten Objekte in der unmittelbaren Umgebung kann diese Änderung daher nicht bewilligt werden.

7. Maueraussparung und Firstfenster (Fassade Nord-Westen)

a) Statt den bewilligten zwei kleinen Firstfenstern von 0.48 m Breite und 1.2 m Länge mit massivem Zwischenteil von ca. 0.3 m verwirklichten die Beschwerdegegner auf der Estrichebene eine grosse Maueraussparung von 1.55 m x 2.01 m mit zwei Fenstern mit einer Breite von 0.6 m.

b) Auch diese Änderungen – jedenfalls die breiteren Firstfenster – sind aus den neu eingereichten Plänen, nicht aber aus dem Baugesuchsformular ersichtlich. Wie bei der oberen Balkonabdeckung muss aufgrund des Ergebnisses nicht entschieden werden, ob die Prüfung der Bewilligungsfähigkeit dieser Änderung als Teil des nachträglichen Baugesuchs oder als summarische Prüfung aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen erfolgt.

c) Die Fassade, an welcher die grosse Maueraussparung mit grösseren Fenstern verwirklicht wurde, verdeckt teilweise den Kirchhügel. Sie wird von der T. _____ strasse aus zusammen mit der Kirche (Fassade Nord-Westen) bzw. weiteren Liegenschaften (Fassade Süd-Westen), welche zur geschützten Baugruppe A gehört, wahrgenommen.³¹ Es gelten daher erhöhte ästhetische Anforderungen (vgl. Erwägung 4).

Bereits im ersten Beschwerdeverfahren hatte die OLK zur damals vergleichbar projektierten Giebelfassade Südost ausgeführt, auf Estrichfenster sei generell zu verzichten oder deren Grösse sei bezogen auf die Nutzung massiv zu verringern.³² Die Beschwerdegegner setzten diese Empfehlung im Baugesuch und den zugehörigen Plänen um, so dass die OLK feststellte, die Estrichbefensterung sei auf die klar untergeordnete Nutzung verkleinert worden.³³ Wie bereits erwähnt, war die OLK bei der Ausgestaltung des Gebäudes bestrebt, die Gesamterscheinung weniger dominant und die Giebelfassaden

³¹ Vgl. Fotos Nrn. 7, 8 und 10 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

³² Vgl. Bericht vom 14. Februar 2012, Beschwerdeakten RA Nr. 110/2011/136

³³ Vgl. Vorakten Baugesuch 2014-030 pag. 74

nicht mehr viergeschossig wirken zu lassen, weshalb auf der Estrichebene nur eine dünne Öffnung und der Einbau von zwei kleinen Fenstern bewilligt worden war. Entgegen den bewilligten Plänen verwirklichten die Beschwerdegegner eine grosse Maueraussparung mit vergrösserten Fenstern. Die OLK führte anlässlich des Augenscheins aus, mit der gebauten grösseren Aussparung werde der Eindruck einer Wohnnutzung erweckt, was störend wirke.³⁴ Diese Ausführungen überzeugen und werden durch Foto Nrn. 7 und 10 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017 verdeutlicht: Die grosse Aussparung mit den grösseren Fenstern lassen das Gebäude viergeschossig und damit allzu wuchtig wirken. Damit trägt sie dazu bei, dass die heutige Ausgestaltung der Fassade das Bild dominiert, statt den geschützten Bauten die ihnen zustehende Präsenz und Wichtigkeit zu belassen. Daher beeinträchtigt die grosse Maueraussparung mit grösseren Fenstern die Wirkung der Baugruppe A. Angesichts der erhöhten ästhetischen Anforderungen aufgrund der geschützten Objekte in der unmittelbaren Umgebung kann diese Änderung nicht bewilligt werden.

8. Ausbau Dachraum (Hausteil mit Fassade Nord-Westen)

Gemäss Art. 64 Abs. 1 BauV müssen Wohn- und Arbeitsräume unmittelbar von aussen genügend Licht und Luft erhalten. Die Fensterfläche soll mindestens einen Zehntel der Bodenfläche betragen und zu jeder Zeit zu einem genügend grossen Teil geöffnet werden können.

Die vergrösserten Firstfenster von 0.6 m x 1.2 m weisen mit einer Fläche von 1.44 m² den benötigten Zehntel der Bodenfläche von 14.55 m² auf. Da diese nicht bewilligungsfähig sind (vgl. Ziff. 7 hievor), dürfen die Fenster gemäss der nachfolgend verfüigten Wiederherstellung nur 1.152 m² (zweimal 0.48 m x 1.2 m) betragen und können daher einen Raum von maximal 11.52 m² belichten. Der Ausbau des Dachraums kann daher zurzeit nicht bewilligt werden.

9. Dachflächenfenster Toilettenraum (Estrichgeschoss, Dach Norden-Osten)

³⁴ Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 8

- a) Die Beschwerdegegner beantragen die Bewilligung eines Dachflächenfensters der Grösse 0.55 m x 0.78 m zur Belüftung des Toilettenraums im Estrichgeschoss. Dieses Dachflächenfenster ist im oberen Drittel der Dachfläche der Fassade Nord-Osten geplant, und zwar auf der linken Seite des kleinen Rohrs der Badezimmerlüftung.³⁵ Die OLK betonte stets die Notwendigkeit einer geschlossenen Dachfläche als ortstypisches Gestaltungselement.³⁶ Sie führte aus, das projektierte Fenster störe die Regelmässigkeit der Fassade und bewirke, dass die Dachfläche asymmetrisch wirke.³⁷
- b) Das umstrittene Dachflächenfenster ist nur einseitig geplant und soll weder auf einer Linie mit den anderen Dachflächenfenstern noch mit den Lukarnen gebaut werden und weist keinerlei Symmetrie zu den übrigen bestehenden Öffnungen auf. Das projektierte Fenster stört daher die Regelmässigkeit der Fassade und bewirkt, dass die Dachfläche unruhig wirkt. Dieser Teil der Dachfläche ist vom Kirchhügel aus gut ersichtlich, weshalb dieser exponiert ist und der Gestaltung umso mehr Bedeutung zukommt.³⁸ Die Einschätzung der OLK kann daher nachvollzogen werden. Das beantragte Dachflächenfenster kann deshalb nicht bewilligt werden.
- c) Die Beschwerdegegner berufen sich darauf, dass viele Häuser im historischen Ortskern von Herzogenbuchsee alte Gauben und Lukarnen, alte und neue Dachflächenfenster in unterschiedlicher Grösse und Ausführung sowie Glasdachflächen aufweisen. In Herzogenbuchsee bestehe seit jeher eine liberale und grosszügige Bewilligungspraxis für Dachfenster.

In der näheren Umgebung finden sich tatsächlich verschiedene Dachflächenfenster.³⁹ Wie die OLK jedoch zu Recht bemerkte, sind die meisten dieser Dachflächenfenster aufgrund der weniger prominenten Lage der Gebäude her schlechter einsehbar, insbesondere von der wichtigen Perspektive des Kirchhügels her.⁴⁰ Es fehlt deshalb bezüglich der meisten Objekte an der Vergleichbarkeit. Es bestehen daher keine Hinweise auf eine ständige

³⁵ Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 9 sowie Foto Nr. 6 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

³⁶ Vgl. Vorakten Baugesuch 2014-030 pag. 74 sowie Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 6

³⁷ Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 10

³⁸ Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 16 sowie Foto Nr. 18 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

³⁹ Vgl. insbesondere Fotos Nrn. 13, 15, 16 und 19 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

⁴⁰ Vgl. insbesondere Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 14 f.

gesetzeswidrige Praxis. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Gemeinde den vorliegenden Entscheid künftig berücksichtigen wird. Die Beschwerdegegner können sich daher auch nicht auf eine Gleichbehandlung im Unrecht berufen.⁴¹

10. Wiederherstellung

a) Für die vorstehende Balkonabdeckung und die grosse Maueraussparung mit Firstfenstern von einer Breite von über 0.48 m liegt keine Bewilligung vor. Diese kann aus ästhetischen Gründen auch nachträglich nicht erteilt werden (vgl. Erwägungen 6 und 7). Da der nicht bewilligungsfähige Zustand bereits besteht, muss über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes entschieden werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG).⁴²

b) Das Rechtsamt der BVE hat während des Beschwerdeverfahrens folgende Wiederherstellungsmassnahmen erwogen und den Verfahrensbeteiligten dazu das rechtliche Gehör gewährt (betrifft Fassade Nord-Westen):

- Verkürzung der oberen Balkonabdeckung giebelseitig auf der Estrichebene bis bündig mit dem Dachvorsprung (bis auf max. 1.19 m)
- Verkleinerung der Firstfenster auf eine Breite von 0.48 m (Fenster inklusive Rahmen) und Zumauern der Maueraussparung

c) Die Wiederherstellung darf das bundesrechtliche Prinzip der Verhältnismässigkeit nicht verletzen. Die Anordnung darf deshalb nicht weiter gehen, als zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des Pflichtigen muss durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.⁴³ Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann 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.⁴⁴ Auch eine Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich auf den

⁴¹ Vgl. BGer 1C_414/2015 vom 10.02.2016, E. 4.2.

⁴² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 17

⁴³ 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

⁴⁴ BGE 132 II 21 E. 6

Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.⁴⁵

d) Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt.⁴⁶ Es ist Sache der Bauherrschaft, vollständige und widerspruchsfreie Pläne einzureichen. Sind die Pläne unvollständig oder missverständlich kann sie im Wiederherstellungsverfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten.⁴⁷ Wie oben ausgeführt, fallen die Mängel der Pläne in Bezug auf die obere Balkonabdeckung auf die Beschwerdegegner zurück. Betreffend die grosse Maueraussparung mit vergrösserten Firstfenstern wird keine Gutgläubigkeit geltend gemacht und es sind keine Hinweise auf eine solche ersichtlich. Die Beschwerdegegner gelten daher nicht als gutgläubig im baurechtlichen Sinn.

Bei bösem Glauben (im baurechtlichen Sinn) der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung nur verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder sonst wie unverhältnismässig wäre.⁴⁸

e) Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht einerseits an der Durchsetzung der baurechtlichen Ordnung, andererseits im Bestreben nach einem möglichst intakten Orts- und Quartierbild. Demgegenüber stehen die Kosten für die Verkürzung der oberen Balkonabdeckung und die Verkleinerung der Firstfenster auf eine Breite von 0.48 m und das Zumauern der Maueraussparung. Als Folge davon muss das Zimmer 4 – mit den entsprechenden Kosten – verkleinert werden, damit die Fenstergrösse zur Belichtung ausreicht und eine Wohnnutzung bewilligt werden kann. Die Beschwerdegegner können daher den Raum 4 nicht mehr in seiner vollen Grösse als

⁴⁵ BVR 2006 S. 444 E. 6.1

⁴⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. a

⁴⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 34 N. 19a

⁴⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. e

Wohnraum nutzen. Nach der Rechtsprechung haben wirtschaftliche Interessen alleine bei einer bösgläubigen Bauherrschaft kaum je ausschlaggebendes Gewicht. Dies selbst dann, wenn die nutzlosen aber bösgläubig getätigten Investitionskosten und Abbruchkosten zusammen sehr hoch sind.⁴⁹

f) Die oben dargestellten Wiederherstellungsmassnahmen sind geeignet, da das Gebäude durch sie nicht mehr vierstöckig wirkt und die gute Integration der Baute gewährleistet wird.

In der Stellungnahme vom 27. April 2017 zum Augenscheinprotokoll schlagen die Beschwerdegegner vor, die heute gemauerte Öffnung von 1.5 m x 1.97 m mittels Fassadendämmmaterial und gelblichem Fassadenverputz optisch auf die Fensteröffnungen von 0.6 m x 1.2 m zu reduzieren.

Die OLK hält diesen Vorschlag in ihrer Stellungnahme vom 30. Mai 2017 für ungenügend. Dies begründet sie damit, dass die bewilligten Fenster die Masse von 0.48 m x 1.2 m hatten und das Material dazwischen und darunter Backstein war. Sie führt dazu aus: "Nur ein Wandelement aus Backstein kann sich Wand nennen, sonst ist es eine Füllung". Per definitionem lasse sich eine Füllung nach Belieben entfernen. Zudem müssten die Fenster so eng wie möglich sein und als Schlitz und nicht als Normalfenster ausgeführt werden, damit die Firstfassade zweigeschossig wirke.

Die von den Beschwerdegegnern vorgeschlagene Massnahme würde die Fensterbreite nicht verkleinern. Damit ist diese nicht geeignet, das Ziel zu erreichen. Im Übrigen spricht auch die leichte Entfernbarkeit der Füllung gegen diesen Vorschlag. Weniger weitgehende Massnahmen sind folglich nicht ersichtlich.

Da die zu erwartenden Kosten angesichts der Bösgläubigkeit auch zumutbar sind, erweisen sich die in Aussicht gestellten Wiederherstellungsmassnahmen als verhältnismässig. Sie werden mit dem vorliegenden Entscheid entsprechend angeordnet.

g) Gemäss Art. 46 Abs. 2 BauG ist der im Grundbuch eingetragene Eigentümer Adressat einer Wiederherstellungsverfügung. Die Fassade und die Beläge, welche die Fassade

⁴⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. c mit Hinweisen

abdecken, sind bei einer Liegenschaft im Stockwerkeigentum zwingend gemeinschaftlich. Gleiches gilt für die äussere Seite von Balkonen. Demgegenüber sind Fenster sonderrechtsfähig.⁵⁰ Hat eine Wiederherstellungsverfügung gemeinschaftliche Gebäudeteile oder eine Gemeinschaftsanlage zum Gegenstand, so ist die Verfügung an die Stockwerkeigentümergeinschaft zu richten.⁵¹ Da vorliegend vorwiegend gemeinschaftliche Gebäudeteile von der Wiederherstellung betroffen sind, ist die Wiederherstellungsverfügung auch an die Stockwerkeigentümergeinschaft zu richten. Die Beschwerdegegner und die Stockwerkeigentümergeinschaft Q. _____ werden daher verpflichtet, die Wiederherstellungsmassnahmen innert sechs Monaten seit Rechtskraft dieses Entscheids umzusetzen. Erfolgt die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht innert der angesetzten Frist, so ordnet die Gemeinde die Ersatzvornahme an.

11. Rückweisung

Bezüglich des zurzeit ebenfalls formell und materiell rechtswidrigen Ausbaus des Dachraums wegen ungenügender Belichtung wird die Sache zur Prüfung der Wiederherstellung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Sollte der Entscheid bezüglich Maueraussparung und Firstfenster rechtskräftig werden, hat die Gemeinde den Beschwerdegegnern Gelegenheit zur Einreichung eines Gesuchs zu geben.⁵² In diesem könnte das Zimmer im Estrichgeschoss verkleinert werden, damit eine genügende Belichtung gewährleistet würde. Auf diese Weise kann eine teilweise Umnutzung allenfalls doch noch bewilligt werden.

12. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend können weder die ausdrücklich vom Baugesuch umfassten Änderungen (Ausbau Dachraum mit Toilette und Dachflächenfenster Toilette) noch die übrigen Änderungen (verlängerte obere Balkonabdeckung sowie grosse Maueraussparung

⁵⁰ Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, 2. Auflage 2014, Art. 712b N. 168, 170 f. und 75 ff.

⁵¹ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12a

⁵² Vgl. BGer 1C_555/2013 vom 28. März 2014, in Zbl 2016 S. 265 und 267.

mit grösseren Giebelfenstern) bewilligt werden. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 8. November 2016 wird aufgehoben und dem Baugesuch Nr. 2016-018 der Bauabschlag erteilt. Als Wiederherstellungsmassnahme wird angeordnet, dass die obere Balkonabdeckung auf Estrichebene bis bündig mit dem Dachvorsprung verkürzt werden muss. Die Firstfenster sind auf eine maximale Breite von 0.48 m zu verkleinern und die Maueraussparung zuzumauern. Bezüglich des rechtswidrigen Ausbaus des Dachraums wird die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdegegner. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die von Amtes wegen am Verfahren beteiligte Stockwerkeigentümergeinschaft Q._____ hat in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2017 auf das Stellen eines Antrages ausdrücklich verzichtet. Sie wird daher nicht kostenpflichtig.⁵³ 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. 1'600.-- (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV⁵⁴). Für den Augenschein vom 13. März 2017 wird in Anwendung von Art. 20 Abs. 1 GebV eine zusätzliche Gebühr von Fr. 300.-- erhoben. Die Kosten der OLK (Fr. 300.-- für die Teilnahme am Augenschein gemäss Schreiben vom 15. März 2017) werden gestützt auf Art. 11 GebV zusätzlich erhoben. Da der Augenschein für alle drei vor dem Rechtsamt hängigen Verfahren durchgeführt wurde, wird diese zusätzliche Gebühr von Fr. 600.-- mit je Fr. 200.-- auf die drei Verfahren verteilt. Zudem entfällt auf das vorliegende Verfahren die Hälfte der Fr. 300.--, welche die OLK für die Stellungnahme zum identischen Wiederherstellungsvorschlag der Beschwerdegegner in den Verfahren 110/2016/180 und 110/2016/181 machte. Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren betragen somit Fr. 1'950.--. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag.

Die Kosten des Bewilligungsverfahrens bleiben den Beschwerdegegnern als Baugesuchsteller auferlegt (Art. 52 Abs. 1 BewD⁵⁵). Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag.

⁵³ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 3

⁵⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

⁵⁵ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

c) 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). Die Beschwerdegegner haben als unterliegende Partei die Parteikosten der Beschwerdeführenden zu tragen. Die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdeführenden gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Umfang von Fr. 4'401.-- (Honorar Fr. 3'875.--; Auslagen Fr. 200.--; Mehrwertsteuer Fr. 326.--) zu ersetzen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 8. November 2016 wird aufgehoben. Dem Baugesuch Nr. 2016-018 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Es werden folgende Wiederherstellungsmassnahmen angeordnet:
 - Verkürzung der oberen Balkonabdeckung giebelseitig auf der Estrichebene bis bündig mit dem Dachvorsprung (ca. 0.9 m)
 - Verkleinerung der Firstfenster auf eine Breite von 0.48 m (Fenster inklusive Rahmen) und Zumauern der Maueraussparung

Die Beschwerdegegner und die Stockwerkeigentümergeinschaft Q._____ haben diese Wiederherstellungsmassnahmen innert sechs Monaten seit Rechtskraft dieses Entscheids umzusetzen. Erfolgt die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht innert der angesetzten Frist, so ordnet die Gemeinde die Ersatzvornahme an.

3. Bezüglich des Ausbaus des Dachraums wird die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

4. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'950.-- werden den Beschwerdegegnern zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 1'713.90.-- werden den Beschwerdegegnern zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

5. Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'401.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt C._____, eingeschrieben
- Frau E._____, und Herrn D._____, eingeschrieben
- Stockwerkeigentümergeinschaft Q._____, per Adresse Frau O._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herzogenbuchsee, Bauabteilung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung, z.H. OLK Gruppe Emmental-Oberaargau, per Kurier

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer

Regierungsrätin