

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2016/181

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 **F.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 1

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

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

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

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

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

Herrn **L.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 7

Frau **M.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 8

Herrn **D.**_____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligter 9

Frau **E.**_____
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

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herzogenbuchsee
vom 8. November 2016 (0979 / 2016-019; Ausbau Dachraum)

I. Sachverhalt

1. Am 29. August 2014 erhielt die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte 13 eine Gesamtbaubewilligung für den Neubau eines 6-Familienhauses mit unterirdischer Einstellhalle auf den Parzellen 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. _____-5 erworben hatten³, reichten am 22. März 2016 bei der Gemeinde Herzogenbuchsee ein Baugesuch ein für den Ausbau des Dachraumes als Zimmer 4 zur darunterliegenden Wohnung im Dachgeschoss rechts, mit Toilette, für den Einbau einer internen Treppe vom Dachgeschoss ins Estrichgeschoss, den Einbau eines Warmluftcheminées im Dachgeschoss und den Einbau eines zusätzlichen Dachflächenfensters (0.55 m x 0.78 m = 0.42 m²) im Toilettenraum Estrichgeschoss. Weitere Änderungen gegenüber den bewilligten Plänen (Vertiefung der oberen Balkonabdeckung auf Estrichebene und grosse Mauerausparung 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. 2016-019). 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 Grundbuch am 3. Februar 2016

2. Gegen die Erteilung der Baubewilligung (Baugesuch Nr. 2016-019) reichten die Beschwerdeführenden am 8. Dezember 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (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 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. 110/2016/180 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 Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, 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) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Der Streitgegenstand bezeichnet den Umfang, in dem das mit der angefochtenen Verfügung geregelte Rechtsverhältnis umstritten ist. Diesen bezeichnen innerhalb des vorgegebenen Rahmens die Parteien in ihren Rechtsmitteleingaben. Zur Bestimmung des Streitgegenstandes ist das Rügeprinzip massgebend.⁷

Die Beschwerdeführenden machen 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 fest, die Vergrösserung der Öffnungen auf den giebelseitigen Fassaden, die Vertiefung der oberen Balkonüberdachung, die Erstellung von weiteren Dachflächenfenstern und der Kamin für ein Cheminée seien aus ästhetischen Gründen nicht bewilligungsfähig. Die Beschwerdeführenden bringen gegen den im vorinstanzlichen Entscheid bewilligten Einbau der internen Treppe vom Dachgeschoss zum Estrichgeschoss nichts vor. Gleiches gilt für den bewilligungspflichtigen Ausbau des Estrichgeschosses als Zimmer 4. Aufgrund der kleineren Raumgrösse von Zimmer 4 ist die genügende Belichtung – im Gegensatz zum Verfahren RA Nr. 110/2016/180 – auch bei der vorliegend angeordneten Reduktion der Fensterfläche gewährleistet.

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

⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 f.

c) 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.⁸ 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.

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 VRPG⁹ 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

⁸ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 25 N. 11

⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

sich ihr Entscheid stützt.¹⁰ 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.¹¹

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 sowie ein Warmluftcheminée 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. 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, welcher in diesem Beschwerdeverfahren nicht mehr strittig ist. 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 und des Kamins die Geschlossenheit der Dachflächen durchbricht. Sie setzt sich damit in ihrem Gesamtentscheid nicht mit allen wesentlichen Gesichtspunkten auseinander. Der Verweis auf die Tatsache, dass die beantragten

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5 f.; BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1.

¹¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 8.

Änderungen bereits ausgeführt wurden, genügt nicht. Die Gemeinde hat daher das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt. Dies wird im Kostenpunkt zu berücksichtigen sein. Diese Gehörsverletzung kann aber geheilt werden, da die BVE dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und das Versäumte nachholen kann (Art. 40 Abs. 3 BauG).¹²

3. 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.¹³

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).

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

¹² Vgl. dazu BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16

¹³ 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

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.¹⁴

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 Kirchenhügel 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 sensitiven Gebiet. Das Bauvorhaben steht überdies gut sichtbar und prominent an der Einfahrt ins Ortszentrum. Die Giebelfassade Südost ist freigestellt und von weit her einsehbar.¹⁵

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.¹⁶ 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.¹⁷ Diese besonders schützenswerte Umgebung ist vorliegend bei der Beurteilung der guten 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.¹⁸

¹⁴ 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

¹⁵ Vgl. insbesondere Beschwerdeakten 110/2011/136, Bericht OLK vom 14. Februar 2012, S. 2 f.

¹⁶ 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

¹⁷ Vgl. im Einzelnen Art. 6 Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451)

¹⁸ Vgl. BVR 2009 S. 329 E. 5.3; BVR 2006 S. 491 E. 6.3.2

4. Überblick über die Abweichungen vom ursprünglichen Baugesuch

Das Baugesuch wird nur für den Ausbau des Dachraumes inkl. Treppe zu der darunterliegenden Wohnung, den Einbau eines zusätzlichen Dachflächenfensters ($0.55 \text{ m} \times 0.78 \text{ m} = 0.42 \text{ m}^2$) im Toilettenraum (Estrichgeschoss) sowie den Einbau eines Warmluftcheminées mit Abluftkamin gestellt.

Gestützt auf den Bericht der OLK vom 19. August 2016 entschied die Gemeinde zudem über folgende Abweichungen:

- Dach Süd-Westen: zwei zusätzliche Dachflächenfenster im Dachgeschoss auf Seite T. _____ strasse (analog Seite U. _____ gässli)
- Fassade Süd-Osten: 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
- Fassade Süd-Osten: 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.

5. Dachflächenfenster Dachgeschoss (Dach Süd-Westen)

a) Auf der Höhe des Dachgeschosses wurden auf der Seite T. _____ strasse zwei zusätzliche Dachflächenfenster mit den Massen $0.78 \text{ m} \times 0.98 \text{ m}$ ($=0.76 \text{ m}^2$) gebaut, und zwar analog der Seite U. _____ gässli.¹⁹ Das eine dieser Fenster gehört zur Wohnung der Beschwerdegegner im Dachgeschoss, das andere zur Wohnung der von Amtes wegen am Verfahren Beteiligten 12.²⁰ Anlässlich des Augenscheins vom 13. März 2017 führte die Vertreterin der OLK aus, diese Dachflächenfenster an der Hauptfassade würden einen Eingriff in das Orts- und Landschaftsbild darstellen und die geschlossene Dachfläche

¹⁹ Vgl. insbesondere Foto Nr. 2 des Fotodossiers des Augenscheins vom 13. März 2017 sowie bezüglich der Masse Schreiben der Gemeinde vom 2. März 2016, S. 2, Vorakten zur Gesamtaubewilligung vom 29. August 2014

²⁰ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 6

durchbrechen.²¹ Die Beschwerdegegner erachten diese Dachflächenfenster als bewilligungsfrei.

b) Ausser in Ortsbilschutzgebieten und an Baudenkmälern sowie in deren Umgebung sind zwei höchstens 0.8 m² grosse Dachflächenfenster pro Hauptdachfläche bewilligungsfrei (Art. 6 Abs. 1 Bst. g BewD²²). Dient der Einbau der Dachflächenfenster einer Um-nutzung des Dachraums, so ist der Einbau der Dachflächenfenster – unabhängig von Grösse und Anzahl – zusammen mit der Nutzungsänderung baubewilligungspflichtig.²³

Die Grenze des Ortsbilschutzgebiets verläuft hinter der Parzelle, so dass sich diese nicht mehr darin befindet.²⁴ Es handelt sich auch nicht um ein Baudenkmal oder dessen Umgebung. Diese zwei Dachflächenfenster belichten das sogenannten Dachgeschoss, welches sich unterhalb des Estrichgeschosses befindet. In diesem Dachgeschoss wurde die Wohnnutzung bereits bewilligt. Die neuen Dachflächenfenster dienen daher nicht der jetzt beantragten Umnutzung des Dachraums auf der Höhe des Estrichgeschosses. Diese zwei Dachflächenfenster unterliegen daher nicht der Bewilligungspflicht. Da sie sowohl von der Grösse als auch der Stellung her den auf der Seite U. _____ gässli (Fassade Nord-Osten) bewilligten Dachflächenfenstern entsprechen, stören sie nicht die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 1b Abs. 3 BauG. Baupolizeiliche Massnahmen sind daher nicht notwendig.

6. Dachflächenfenster Toilettenraum (Estrichgeschoss, Dach Süd-Westen)

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 Süd-Westen geplant.²⁵ Die Vorinstanz hat dafür ohne nähere Begründung die Baubewilligung erteilt.

²¹ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 6

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

²³ BSIG Nr. 7/725.1/1.1 vom 15. Januar 2013 Ziff. 2.g

²⁴ Vgl. dazu Zonenplanausschnitt Vorakten Baugesuch 2016-019 pag. 54 (schwarze Strichpunktlinie umfasst das Ortsbilschutzgebiet)

²⁵ Vgl. Plan "Fassade Süd-Westen" vom 29. Februar 2016

b) Die OLK stellte in ihrem Bericht vom 19. August 2016 fest, weitere Dachflächenfenster seien nicht bewilligungsfähig, da sie die Homogenität der Dachfläche und des Projekts beeinträchtigen würden. Anlässlich des Augenscheins führte eine Vertreterin der OLK zudem aus, von der Perspektive der T. _____ strasse aus stehe die Liegenschaft im Blickfeld des Kirchhügels und die Sicht auf diesen werde beeinträchtigt. Die Sicht werde durch kein anderes Gebäude beeinträchtigt.²⁶ Die südwestliche Fassade sei die Hauptfassade, während die gegenüberliegende nordöstliche Fassade die Rückfassade bilde.²⁷ Die OLK betonte bereits im ursprünglichen Baubewilligungsverfahren die Notwendigkeit einer geschlossenen Dachfläche als ortstypisches Gestaltungselement und unterstrich anlässlich des Augenscheins, dass "nach langjähriger Zusammenarbeit die von der OLK vorausgesetzte geschlossene Dachfläche erzielt worden sei".²⁸

c) Die Fassade, an welcher das Dachflächenfenster geplant ist, stellt die Hauptfassade des Gebäudes dar und tritt aus der Perspektive der Einfahrt des Dorfes prominent in Erscheinung. Sie steht im Blickfeld des Kirchhügels, so dass die Sicht auf diesen beeinträchtigt wird. Der betroffene Teil der Dachfläche ist daher exponiert und dessen Gestaltung kommt umso grössere Bedeutung zu.²⁹

Gemäss den ursprünglich bewilligten Plänen sollte die Dachfläche daher einzig durch zwei Lukarnen durchbrochen werden. Heute bestehen zusätzlich zwei Dachflächenfenster auf der Höhe des Dachgeschosses sowie ein Kamin eines Warmluftcheminées. Weiter wird auf dieser Dachfläche die Bewilligung eines bisher nicht gebauten Dachflächenfensters für die Belichtung des Treppenhauses beantragt, welches in einem anderen Beschwerdeverfahren behandelt wurde.³⁰ Das hier umstrittene Dachflächenfenster würde die Dachfläche zusätzlich durchbrechen und dem ortstypischen Gestaltungselement der geschlossenen Dachfläche nicht mehr gerecht werden. Zudem ist das Dachflächenfenster im oberen Drittel der Dachfläche der Fassade Süd-Westen geplant, und zwar leicht rechts von der Mitte. Öffnungen im Dach sollten gemäss den überzeugenden Ausführungen der OLK in einer Achse und symmetrisch angeordnet sein und eine gewisse Regelmässigkeit

²⁶ Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 7

²⁷ Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 6

²⁸ Vgl. Vorakten Baugesuch 2014-030 pag. 74 sowie Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 6

²⁹ Vgl. E. 3 hievor sowie Fotos Nrn. 2 und 3 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

³⁰ Entscheid der BVE RA Nr. 110/2016/182 vom 3. Juli 2017

insbesondere bezüglich des Abstandes zwischen den Öffnungen aufweisen.³¹ Das hier umstrittene Dachflächenfenster soll weder auf einer Linie mit den anderen Dachflächenfenstern noch mit den Lukarnen gebaut werden und weist keinerlei Symmetrie zu den übrigen geplanten oder bestehenden Öffnungen auf. Das projektierte Fenster stört daher die Regelmässigkeit der Fassade und bewirkt, dass die Dachfläche unruhig wirkt. Angesichts der prominenten Lage am Ortseingang und im Blickfeld des Kirchhügels kann das beantragte Dachflächenfenster nicht bewilligt werden.

d) 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.³² 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.³³ Es fehlt deshalb bezüglich der meisten Objekte an der Vergleichbarkeit. Es bestehen daher keine Hinweise auf eine ständige 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.³⁴

7. Abluftkamin für das Warmluftcheminée (Dach Süd-Westen)

a) Die Beschwerdegegner beantragen die Baubewilligung für ein Warmluftcheminée. Umstritten ist dabei die ästhetische Wirkung des dazugehörenden Abluftkamins. Dieser befindet sich auf der rechten Seite des Daches an der Fassade Süd-Westen. Von der T. _____ strasse aus ist er im Blickfeld der Kirche.³⁵

³¹ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 15

³² Vgl. insbesondere Fotos Nrn. 13, 15, 16 und 19 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

³³ Vgl. insbesondere Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 14 f.

³⁴ Vgl. BGer 1C_414/2015 vom 10.02.2016, E. 4.2.

³⁵ Vgl. Fotos Nrn. 2 f. des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

b) Die Vorinstanz bewilligte den Abluftkamin ohne nähere Begründung. Die OLK sprach sich gegen eine Bewilligung aus und führte anlässlich des Augenscheins aus, der Abluftkamin wirke wie ein zweiter Kirchturm. Die Frage nach einer zulässigen alternativen Gestaltung des Abluftkamins könne nur von der OLK-Gruppe beantwortet werden. Allgemein sei die Dachfläche sehr heikel, deren Erscheinungsbild werde grosse Bedeutung zugemessen.³⁶

c) Die Fotos vom Augenschein zeigen auf, dass der Abluftkamin von der T._____strasse aus tatsächlich zusammen mit Kirchturm wahrgenommen wird. Gleichzeitig finden sich in der näheren Umgebung auch auf geschützten Häusern Kamine, welche sich im Sichtfeld des Kirchturms befinden.³⁷ Kamine gehören hier zum typischen Erscheinungsbild eines Hauses. Der umstrittene Abluftkamin überragt den First nicht und ist schlank ausgestaltet. Er tritt daher gegenüber dem Kirchturm nicht allzu stark in den Vordergrund. Die von der Gemeinde dafür erteilte Baubewilligung ist daher – entgegen der Einschätzung der OLK – zu bestätigen.

8. Obere Balkonabdeckung (Fassade Süd-Osten)

a) Die Beschwerdegegner bringen vor, die obere Balkonabdeckung auf Estrichebene 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.³⁸

b) Auf dem Fassadenplan Süd-Osten 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

³⁶ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 6

³⁷ Vgl. Fotos Nrn. 2 f., 8 sowie 20 und 22 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

³⁸ Vgl. dazu die Beschwerdeantwort vom 9. Januar 2017, S. 3 mit Verweis auf die Vorakten Baugesuch 2016-019 pag. 41

diese "vergessen gegangen."³⁹ In den Plänen vom 15. März 2016 zum aktuellen Baugesuch ist die obere Balkonabdeckung vom seitlichen Blick her eingezeichnet.

c) Aufgrund der Beschattungsflächen auf dem bewilligten Fassadenplan Süd-Osten 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.⁴⁰ 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.⁴¹ Soweit die Pläne unvollständig und missverständlich sind, fallen die Mängel auf die Beschwerdegegner zurück und sie können daraus später nichts zu ihren Gunsten ableiten.⁴² 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.

d) Die Beschwerdegegner führten im Baubewilligungsverfahren aus, die obere Balkonabdeckung sei wie bewilligt ausgeführt und sei daher nicht Bestandteil des Baugesuches vom 22. März 2016.⁴³ Darauf beziehen sich die Beschwerdegegner in ihrer Beschwerdeantwort 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. 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

³⁹ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 9, zur analogen Balkonabdeckung gemäss Fassadenplan Süd-Osten sowie Stellungnahme zum Augenscheinprotokoll vom 27. April 2017, S. 1

⁴⁰ Vgl. dazu die Ausführungen der OLK, Protokoll Augenschein vom 13. März 2017, S. 9

⁴¹ VGE 2011.291 vom 08.06.2012, E. 3.3.3

⁴² 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

⁴³ Vorakten Baugesuch 2016-019 pag. 41

verstösst (sog. materielle Rechtswidrigkeit).⁴⁴ Aufgrund des Ergebnisses dieses Verfahrens kann vorliegend offen bleiben, ob die Prüfung im Rahmen eines nachträglichen Baugesuches oder nur als summarische Prüfung erfolgt.

e) Die Giebelfassade, an welcher die vertiefte Balkonabdeckung verwirklicht wurde, ist freigestellt und von weit her einsehbar.⁴⁵ Die obere Balkonabdeckung wird von der T. _____ strasse aus seitlich zusammen mit der Kirche bzw. von vorne mit der geschützten Liegenschaft der Beschwerdeführenden wahrgenommen. Zudem ist die obere Balkonabdeckung vom Platz vor der Kirche aus gut sichtbar.⁴⁶ Es gelten daher erhöhte ästhetische Anforderungen (vgl. Erwägung 3).

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 Balkonabdeckung werde der Eindruck eines zusätzlichen Wohngeschosses anstelle eines Estrichgeschosses erweckt. Damit werde das gestalterische Aufbauprinzip des Hauses durchbrochen, was störend wirke.⁴⁷ Diese Ausführungen überzeugen und werden durch die Fotos Nrn. 3 bis 5 des Augenscheins verdeutlicht: Die seitlich um ca. 0.9 m vorstehende Balkonüberdachung 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 südwestlicher Sicht seitlich vorsteht und nicht mehr bündig mit dem Dachvorsprung aufhört. Die südwestliche Fassade bildet gemäss den überzeugenden Ausführungen der OLK die Hauptfassade.⁴⁸ Diese Ansicht ist daher besonders schützenswert. Die Vertiefung der Balkonabdeckung wirkt zudem aufgrund der grösseren Fläche auch aus südöstlicher Sicht zu wuchtig. 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. Angesichts der erhöhten ästhetischen Anforderungen aufgrund der geschützten Objekte in der unmittelbaren Umgebung kann diese Änderung daher nicht bewilligt werden.

⁴⁴ 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

⁴⁵ Vgl. insbesondere Beschwerdeakten 110/2011/136, Bericht OLK vom 14. Februar 2012, S. 2

⁴⁶ Vgl. Fotos Nrn. 3, 4 und 18 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

⁴⁷ Vgl. Vorakten Baugesuch 2014-030 pag. 73 sowie Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 8 und 11

⁴⁸ Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 6

9. Maueraussparung und Firstfenster (Fassade Süd-Osten)

- a) Statt zweier kleiner Firstfenster 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 Giebelfassade, an welcher die grosse Maueraussparung mit grösseren Firstfenstern verwirklicht wurde, ist freigestellt und von weit her einsehbar.⁴⁹ Sie wird von vorne mit der geschützten Liegenschaft der Beschwerdeführenden wahrgenommen und ist vom Platz vor der Kirche aus gut sichtbar.⁵⁰ Es gelten daher erhöhte ästhetische Anforderungen (vgl. Erwägung 3).

Bereits im ersten Beschwerdeverfahren hatte die OLK zur Giebelfassade Südost ausgeführt, auf Estrichfenster sei generell zu verzichten oder deren Grösse sei, bezogen auf die Nutzung massiv zu verringern.⁵¹ 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.⁵² Wie bereits erwähnt, war die OLK bei der Ausgestaltung des Gebäudes bestrebt, die Gesamterscheinung weniger dominant und die Giebelfassaden 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

⁴⁹ Vgl. insbesondere Beschwerdeakten 110/11/136, Bericht OLK vom 14. Februar 2012, S. 2

⁵⁰ Vgl. Fotos Nrn. 4 und 18 des Fotodossiers vom Augenschein vom 13. März 2017

⁵¹ Vgl. Bericht vom 14. Februar 2012, Beschwerdeakten RA Nr. 110/2011/136

⁵² Vgl. Vorakten Baugesuch 2014-030 pag. 74

Fenstern. Die OLK führte anlässlich des Augenscheins aus, mit der gebauten grösseren Aussparung werde der Eindruck einer Wohnnutzung erweckt, was störend wirke.⁵³ Diese Ausführungen überzeugen und werden durch Foto Nr. 4 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 daher nicht bewilligt werden.

10. Wiederherstellung

a) Für die vorstehende obere Balkonabdeckung auf Estrichebene 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 8 und 9). Da der nicht bewilligungsfähige Zustand bereits besteht, muss über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes entschieden werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG).⁵⁴

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

- 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

⁵³ Vgl. Vorakten Baugesuch 2014-030 pag. 74 sowie Protokoll des Augenscheins vom 13. März 2017, S. 8

⁵⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 17

des rechtmässigen Zustandes notwendig, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des Pflichtigen muss durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.⁵⁵ 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.⁵⁶ 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, 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.⁵⁷

d) Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt.⁵⁸ 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.⁵⁹ Wie oben ausgeführt, fallen die Mängel der Pläne in Bezug auf die obere Balkonabdeckung auf Estrichebene 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.⁶⁰

⁵⁵ 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

⁵⁶ BGE 132 II 21 E. 6

⁵⁷ BVR 2006 S. 444 E. 6.1

⁵⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. a

⁵⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 34 N. 19a

⁶⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9b Bst. e

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. 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.⁶¹

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 schlugen 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 Schlitzfenster 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.

⁶¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. c mit Hinweisen

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 abdecken, sind bei einer Liegenschaft im Stockwerkeigentum zwingend gemeinschaftlich. Gleiches gilt für die äussere Seite von Balkonen. Demgegenüber sind Fenster sonderrechtsfähig.⁶² Hat eine Wiederherstellungsverfügung gemeinschaftliche Gebäudeteile oder eine Gemeinschaftsanlage zum Gegenstand, so ist die Verfügung an die Stockwerkeigentümergeinschaft zu richten.⁶³ 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. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammenfassend sind die zwei nicht ausdrücklich vom Baugesuch umfassten, bereits bestehenden Dachflächenfenster mit den Massen 0.78 m x 0.98 m bewilligungsfrei. Die übrigen nicht ausdrücklich vom Baugesuch umfassten, bereits vorgenommenen Änderungen (verlängerte obere Balkonabdeckung sowie grosse Maueraussparung mit grösseren Giebelfenstern) sind nicht bewilligungsfähig. Das zusätzlich beantragte Dachflächenfenster für die Belüftung und Belichtung des Toilettenraums kann ebenfalls nicht bewilligt werden. Der Abluftkamin kann hingegen nachträglich bewilligt werden. Die Beschwerde wird daher teilweise gutgeheissen. Die Baubewilligung der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 8. November 2016 wird betreffend den Einbau eines zusätzlichen Dachfensters im Toilettenraum des Estrichgeschosses sowie – soweit von der

⁶² Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, 2. Auflage 2014, Art. 712b N. 168, 170 f. und 75 ff.

⁶³ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 12a

Baubewilligung umfasst – bezüglich der verlängerten oberen Balkonabdeckung und der grossen Maueraussparung mit grösseren Giebelfenstern aufgehoben. Diesbezüglich wird dem Bauvorhaben der Bauabschlag erteilt. Als Wiederherstellungsmassnahme wird angeordnet, dass die obere Balkonabdeckung auf Estrichebene bis bündig mit dem Dachvorsprung und die Firstfenster auf eine maximale Breite von 0.48 m verkürzt werden müssen. Ansonsten ist die Maueraussparung zuzumauern.

b) Die Grundsätze der Kostenverlegung sind in Art. 108 VRPG geregelt. Demnach 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 (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.⁶⁴

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 GebV⁶⁵). 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.--.

⁶⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 3

⁶⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Die Beschwerdeführenden sind mit ihrer Beschwerde nur teilweise durchgedrungen. Es rechtfertigt sich daher, den Beschwerdeführenden 2/5 und den Beschwerdegegnern 3/5 der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass vorliegend auch ein Verfahrensmangel (Verletzung des rechtlichen Gehörs) geheilt werden musste. Es rechtfertigt sich daher, dafür einen Fünftel der Verfahrenskosten bzw. Fr. 390.-- auszuscheiden.⁶⁶ Gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist dieser Betrag einzig den von der Gehörsverletzung betroffenen Beschwerdeführenden zugutezuhalten bzw. von den auf sie entfallenden Verfahrenskosten in Abzug zu bringen.⁶⁷ Im Ergebnis sind damit den Beschwerdeführenden Fr. 390.-- (Fr. 780.-- bzw. zwei Fünftel Verfahrenskostenanteil abzüglich Fr. 390.-- für Gehörsverletzung) und den Beschwerdegegnern Fr. 1'170.-- bzw. drei Fünftel der (gesamten) Verfahrenskosten aufzuerlegen. Den Restbetrag von Fr. 390.-- trägt der Kanton, da der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegner haften je solidarisch für den gesamten auf sie entfallenden Betrag.

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). Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung darf die Heilung einer Gehörsverletzung für die Betroffenen keine Nachteile, insbesondere keine Mehrkosten aus der Beschwerdeführung vor oberer Instanz, zeitigen.⁶⁸ Die Gemeinde hat daher den Beschwerdeführenden einen Fünftel ihrer Parteikosten zu ersetzen und drei Fünftel der Parteikosten der Beschwerdeführenden werden den Beschwerdegegnern auferlegt; einen Fünftel ihrer Kosten haben die Beschwerdeführenden selbst zu tragen. Die Beschwerdegegner sind nicht anwaltlich vertreten. Sie habe daher keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 1 VRPG).

Die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdeführenden gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Von den Parteikosten von total Fr. 4'401.-- hat die Gemeinde einen Fünftel (Fr. 880.20) und die Beschwerdeführenden drei Fünftel (Fr. 2'640.60) zu bezahlen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für den gesamten auf sie entfallenden Betrag.

⁶⁶ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 7 und 9; BVR 2004 S. 133 E. 3.1

⁶⁷ VGE 2014/198 vom 6.8.2015, E. 4.3

⁶⁸ VGE 2014/198 vom 6.8.2015, E. 4.3 f.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Baubewilligung der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 8. November 2016 wird betreffend den Einbau eines zusätzlichen Dachflächenfensters im Toilettenraum des Estrichgeschosses sowie – soweit von der Baubewilligung umfasst – bezüglich der verlängerten oberen Balkonabdeckung auf der Estrichebene und der grossen Maueraussparung mit grösseren Giebelfenstern aufgehoben. Diesbezüglich wird dem Bauvorhaben 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. Den Beschwerdeführenden werden Verfahrenskosten von Fr. 390.-- und den Beschwerdegegnern Verfahrenskosten von Fr. 1'170.-- zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden und die Beschwerdegegner haften je solidarisch für den gesamten ihnen auferlegten Betrag.
4. Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführenden Parteikostenersatz in der Höhe von Fr. 2'640.60 zu bezahlen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch für diesen Betrag.

Die Gemeinde Herzogenbuchsee hat den Beschwerdeführenden Parteikosten in der Höhe von Fr. 880.20 zu bezahlen.

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