

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/106

Bern, 12. Dezember 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und



C. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

sowie

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

betreffend die Projektänderungsbewilligung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 5. Februar 2015 (Baugesuch Nr. 0979 / 2014-003-01; 4 Mehrfamilienhäuser mit unterirdischer Garage, Projektänderungsbewilligung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 17. Januar 2017 bei der Gemeinde Herzogenbuchsee ein Baugesuch ein für den Rückbau von zwei Gebäuden und den Neubau von vier Mehrfamilienhäusern auf den Parzellen Herzogenbuchsee

Grundbuchblatt Nrn. E._____ und F._____. Die Parzellen liegen in der Wohnzone W3. Gegen das Bauvorhaben gingen keine Einsprachen ein. Mit Gesamtentscheid vom 20. Juni 2014 erteilte die Gemeinde Herzogenbuchsee die Baubewilligung.

Die Beschwerdegegnerin reichte in der Folge mehrere Projektänderungsgesuche ein. Mit Gesuch vom 30. September 2014 ersuchte sie um Anpassung der Wohnungseinheiten und Balkone beim Haus 3 sowie um eine Gasheizung anstelle einer Grundwasserwärmepumpe. Mit Gesuch vom 17. Dezember 2014 beantragte die Beschwerdegegnerin eine Verbreiterung der Einstellhalleneinfahrt, die Änderung der Fenstereinteilungen bei sämtlichen Häusern und Anpassungen der Attikavordächer bei den Häusern 2 und 4. Auf eine Publikation dieser Projektänderungen verzichtete die Gemeinde. Mit Projektänderungsbewilligung vom 5. Februar 2015 erteilte die Gemeinde Herzogenbuchsee die Bewilligung für diese Projektänderungen. Ein weiteres Projektänderungsgesuch vom 3. Dezember 2015 (Spiegelung Attikageschoss und andere Platzierung der Fenster) bewilligte die Gemeinde mit Entscheid vom 14. Januar 2016. Das Vorhaben wurde in der Folge realisiert.

2. Gegen die Projektänderungsbewilligung vom 5. Februar 2015 reichte der Beschwerdeführer am 7. September 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt die Aufhebung der Projektänderungsbewilligung vom 5. Februar 2015 und die Erteilung des Bauabschlags. Gegen die Projektänderungsbewilligung vom 14. Januar 2016 richtet sich die Beschwerde dagegen nicht.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Mit Beschwerdeantwort vom 11. Oktober 2017 beantragt die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen. Die Gemeinde stellt mit Stellungnahme vom 12. Oktober 2017 den Antrag, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

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

4. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2017 führte das Rechtsamt aus, der Beschwerde lasse sich entnehmen, dass die Gemeinde dem Beschwerdeführer trotz Akteneinsichtsgesuch noch keine Einsicht in die amtlichen Akten gewährt habe. Es stellte dem Beschwerdeführer die amtlichen Akten zwecks Einsicht zu und bat diesen, sich zur Frage zu äussern, ob er hierzu noch Stellung nehmen möchte. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2017 gab der Beschwerdeführer bekannt, dass er nach gewährter Akteneinsicht auf eine Stellungnahme verzichte.

Mit Eingabe vom 13. November 2017 äusserte sich der Beschwerdeführer nochmals zur Angelegenheit. Hierzu nahm die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 21. November 2017 und die Gemeinde mit Schreiben vom 23. November 2017 Stellung.

5. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Zuständigkeit und Beschwerdebefugnis

a) Angefochten wird nur die Projektänderungsbewilligung vom 5. Februar 2015. Die Projektänderungsbewilligung vom 14. Januar 2016 hat der Beschwerdeführer nicht angefochten, weshalb diese nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens darstellt.

b) Bauentscheide können mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 BauG²). 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). Wenn jemand unverschuldeterweise am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen hat, kann er einen Bauentscheid nachträglich anfechten.³

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 35-35c N. 11 u. Art. 40-41 N. 4.

c) Der Beschwerdeführer ist Grundeigentümer der Parzelle Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nr. G._____, welche an die Bauparzelle Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nr. E._____ angrenzt. Die mit dem umstrittenen Entscheid vom 5. Februar 2015 bewilligten Projektänderungen umfassten eine Anpassung der Wohnungseinheiten und Balkone des Hauses Nr. 3, welches sich in unmittelbarer Nähe der Parzelle des Beschwerdeführers befindet. Im Vergleich zum ursprünglich bewilligten Vorhaben (Gesamtentscheid vom 20. Juni 2014) wurden mit der Projektänderungsbewilligung vom 5. Februar 2015 im Haus Nr. 3 anstelle von drei neu vier Wohnungen pro Geschoss bewilligt. Die Anzahl der südostseitigen Balkone pro Geschoss wurde ebenfalls von drei auf vier erhöht, wobei neu Eckbalkone realisiert wurden und sich die Fensteranordnung verändert hat. Das Erscheinungsbild der Südost-Fassade dieses Gebäudes hat sich damit deutlich verändert. Da die neuen Eckbalkone seitlich über die ursprünglich bewilligte Gebäudelänge hinausragen, wirkt das Gebäude aus Sicht der südöstlichen Nachbarn (zu welchen das Grundstück des Beschwerdeführers gehört) länger. Die Eckbalkone in der östlichen Ecke des Hauses befinden sich genau auf Höhe des Grundstücks des Beschwerdeführers und in dessen unmittelbarer Nähe. Der Beschwerdeführer ist damit von diesen Änderungen direkt betroffen, weshalb er als berührter Dritter gestützt auf Art. 43 Abs. 2 BewD⁴ hätte angehört werden müssen.

d) Es ist unbestritten, dass die Gemeinde dem Beschwerdeführer vor ihrem Entscheid vom 5. Februar 2015 nie über die Projektänderungsgesuche in Kenntnis setzte und diesem damit keine Gelegenheit gab, sich zu diesen zu äussern. Hierzu wäre die Gemeinde nach dem Gesagten jedoch verpflichtet gewesen. Damit konnte sich der Beschwerdeführer als Nachbar und berührter Dritter unverschuldet nicht am Baubewilligungsverfahren hinsichtlich der Projektänderungsgesuche beteiligen. Er konnte daher grundsätzlich noch nachträglich Beschwerde erheben.⁵

2. Rechtzeitigkeit der nachträglichen Beschwerde

a) Es ist zu prüfen, ob die nachträgliche Beschwerde rechtzeitig eingereicht worden ist. Bauentscheide sind innert 30 Tagen anzufechten (Art. 40 Abs. 1 BauG). Im Falle einer

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁵ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 11.

nachträglichen Beschwerde beginnt diese Frist erst zu laufen, wenn die beschwerdeberechtigte Person Kenntnis von allen für die erfolgreiche Wahrung ihrer Interessen wesentlichen Punkten hat bzw. bei gebührender Aufmerksamkeit haben könnte. Das Mass der aufzuwendenden Aufmerksamkeit richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles.⁶ Nicht erforderlich ist, dass die übergangene Partei alle Einzelheiten der behördlichen Anordnung kennt; sondern nur, dass sie Kenntnis der wesentlichen Elemente erhält. Übermässige Nachforschungen werden von der übergangenen Partei nicht erwartet, doch ist sie nach Treu und Glauben verpflichtet, die ihr zumutbaren Schritte zur Fristwahrung zu unternehmen.⁷

b) Der Beschwerdeführer bringt vor, es sei ihm zu keinem früheren Zeitpunkt möglich gewesen, die Erteilung der Projektänderungsbewilligung zu erkennen, da weder in der ursprünglichen Publikation des Baugesuchs im Jahr 2014 noch später in der Profilierung und der nachfolgenden Bauausführung eine solche ersichtlich gewesen sei. Als im Februar 2017 das Gebäude Nr. 3 bezugsbereit gewesen sei und somit grundsätzlich im äusseren Erscheinungsbild eine optische Abweichung vom ursprünglichen Baugesuch sichtbar gewesen wäre, habe er die Abweichungen trotz gebührender Aufmerksamkeit nicht erkennen können, da er die beiden Wohnungen in seiner Liegenschaft vermietet habe. Zudem habe keine Veranlassung bestanden, das Bauvorhaben im Zeitraum 2014 - 2017 in irgendeiner Form zu überwachen, da er sich nach Studium der Baubewilligungsakten im Jahr 2014 mit dem ursprünglich geplanten Bauvorhaben einverstanden erklärt habe. Er habe deshalb bis im August 2017 den Eindruck gehabt, es sei das ursprünglich geplante Bauvorhaben realisiert worden. Erst nachdem er durch seine Mieter auf die erhöhten Lärmimmissionen aufmerksam gemacht worden sei, habe er bei der Gemeinde vorgesprochen und von der Projektänderung erfahren. Dies sei ihm mit E-Mail vom 8. August 2017 zur Kenntnis gebracht worden. Die Beschwerdefrist sei daher mit der Beschwerde vom 7. September 2017 eingehalten.

Die Beschwerdegegnerin und die Gemeinde sind der Ansicht, dass die Beschwerde zu spät eingereicht wurde und deshalb nicht darauf einzutreten sei. Der Beschwerdeführer habe spätestens im Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes Nr. 3 Kenntnis haben können, dass das äussere Erscheinungsbild nicht mit den von ihm im Baubewilligungsverfahren konsultierten Plänen übereinstimme. Die geänderte Anordnung

⁶ VGE 21610 vom 4.1.2003 E. 2.6; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 38-39 N. 26.

⁷ BVR 2008 S. 251 E. 4.1

der Balkone sei schon damals augenfällig gewesen. Es sei nicht glaubhaft, dass sich der Beschwerdeführer als Vermieter seiner Wohnungen seit der Fertigstellung des Gebäudes im November 2016 bis Juli 2017 nie vor Ort aufgehalten haben solle. Die Beschwerdegegnerin fügte in der Eingabe vom 21. November 2017 sodann an, die Vermietungsdokumentationen seien lange vor dem Sommer 2017 auf der Internetseite der betreffenden Immobiliengesellschaft aufgeschaltet gewesen. Die Gemeinde bringt zudem vor, es sei vor allem Sache des Eigentümers einer Baute, seine Aufmerksamkeit auf bauliche Tätigkeiten in seiner Nachbarschaft zu lenken, unabhängig davon, ob er selber vor Ort wohne. Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Gemeinde verweisen schliesslich auf die E-Mail-Anfrage des Beschwerdeführers vom 7. August 2017 an die Bauverwaltung der Gemeinde. Darin habe dieser ausgeführt, ihm sei "kürzlich" aufgefallen, dass das Haus Nr. 3 nicht mit drei, sondern mit vier Balkonreihen erstellt worden sei. Er räume daher selber ein, schon vor dem 7. August 2017 gewusst zu haben, dass das erstellte Bauvorhaben in seiner äusseren Erscheinung vom ursprünglich aufgelegten Projekt abweiche. Damit habe er schon vor dem 7. August 2017 über ausreichende Kenntnisse zur Erhebung einer nachträglichen Beschwerde verfügt, weshalb sich die Beschwerde auch unter diesem Gesichtswinkel als verspätet erweise.

c) Wie ausgeführt (E. 1c/d) wäre die Gemeinde gestützt auf Art. 43 Abs. 2 BewD verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer vor ihrem Entscheid vom 5. Februar 2015 über die Projektänderungsgesuche in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, sich hierzu zu äussern. Dem Verfahren haftet daher ein formeller Fehler an. Der Beschwerdeführer musste mangels Kenntnis der Projektänderungen im Verlaufe der Realisierung des umstrittenen Gebäudes Nr. 3 und selbst nach dessen Fertigstellung nicht damit rechnen, dass das Vorhaben von der ursprünglichen Baubewilligung vom 20. Juni 2014 und den damals massgebenden Plänen abweicht. Da der Beschwerdeführer selber nicht in seiner Liegenschaft wohnt, sondern diese vermietet hat, kann nicht ausgeschlossen werden, dass er – entsprechend seinen Vorbringen – nach Fertigstellung des Vorhabens tatsächlich nie vor Ort war und deshalb die Abweichungen im äusseren Erscheinungsbild zu diesem Zeitpunkt nicht bemerkt hat. Jedenfalls vermögen weder die Beschwerdegegnerin noch die Gemeinde das Gegenteil zu beweisen, so dass die BVE keinen Anlass sieht, diese Aussagen des Beschwerdeführers anzuzweifeln. Damit stellt sich noch die Frage, ob der Beschwerdeführer diese Abweichungen bei gebührender Aufmerksamkeit früher, d.h. im Moment der Fertigstellung des Gebäudes Nr. 3 hätte erkennen müssen. Es ist zwar davon auszugehen, dass die vorgenommenen Änderungen

nach Fertigstellung des Hauses bei einer Besichtigung vor Ort erkennbar gewesen wären. Allerdings kann von einem Grundeigentümer, welcher selber nicht auf seinem Grundstück wohnt, nicht verlangt werden, dass er die baulichen Tätigkeiten in der Umgebung dieses Grundstücks regelmässig auf deren Rechtmässigkeit kontrolliert. Jedenfalls lässt sich vorliegend aus der vom Beschwerdeführer verlangten "gebührenden Aufmerksamkeit" keine Pflicht ableiten, das angrenzende Bauvorhaben während des Baus oder nach der Fertigstellung auf dessen Rechtmässigkeit zu überprüfen (weder vor Ort, noch auf der Internetseite der Immobiliengesellschaft), zumal er nicht mit einer im Vergleich zur ursprünglichen Bewilligung abweichenden Bauweise rechnen musste. Das formell fehlerhafte Verhalten der Gemeinde darf dem Beschwerdeführer nicht zum Nachteil gereichen. Die Frist für die Einreichung der nachträglichen Beschwerde begann damit nicht schon im Zeitpunkt der Fertigstellung des Hauses Nr. 3 zu laufen.

Kenntnis von allen wesentlichen Punkten hatte der Beschwerdeführer erst, als die Gemeinde ihn mit E-Mail vom 8. August 2017 erstmals über die am 5. Februar 2015 erteilte Projektänderungsbewilligung informierte. Erst zu diesem Zeitpunkt konnte er wissen, dass überhaupt ein Projektänderungsverfahren durchgeführt und eine entsprechende Bewilligung erteilt wurde. Mangels anderer Anhaltspunkte konnte und musste er vorher nicht damit rechnen. Aus der Formulierung seiner E-Mail-Anfrage vom 7. August 2017 an die Bauverwaltung der Gemeinde ("wie mir kürzlich aufgefallen ist [...]") lässt sich zwar schliessen, dass er die Veränderungen an der Fassade vor dem 7. August 2017 bemerkte. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin und der Gemeinde ist jedoch dieser Zeitpunkt nicht massgebend für die Fristauslösung. So konnte er auch damals noch nicht wissen, dass für die von ihm festgestellten Veränderungen eine Bewilligung erteilt wurde. Es war ihm mit anderen Worten nicht bekannt, ob er gegen die festgestellten Veränderungen mittels baupolizeilicher Anzeige bei der Gemeinde oder mittels nachträglicher Beschwerde bei der BVE vorgehen muss. Diese Kenntnis erhielt er erst mit dem Antwortschreiben der Gemeinde vom 8. August 2017. Erst zu diesem Zeitpunkt waren ihm damit die wesentlichen Punkte der behördlichen Anordnung bekannt, um sich dagegen zur Wehr setzen zu können.

Die dreissigtägige Frist für die nachträgliche Beschwerde begann damit am 8. August 2017 zu laufen und ist mit der Eingabe vom 7. September 2017 gewahrt. Auf die fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

3. Rechtliches Gehör

a) Der Beschwerdeführer bringt vor, indem die Baubewilligungsbehörde ihm die Projektänderung nicht zur Kenntnis brachte, habe diese seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Diese Gehörsverletzung wiege schwer, da die Gebäude Nrn. 1 bis 3 aufgrund der späten Entdeckung des Mangels bereits vollständig erstellt worden seien. Eine Heilung dieser Gehörsverletzung sei bis anhin nicht erfolgt.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 21 ff. VRPG⁸ gibt den Parteien das Recht, sich zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern.

Indem die Gemeinde den Beschwerdeführer als betroffenen Dritten nicht zu den Projektänderungsgesuchen der Beschwerdegegnerin anhörte und ihm den Entscheid vom 5. Februar 2015 auch nicht zustellte, hat sie – wie ausgeführt (E. 1) – gegen Art. 43 Abs. 2 BewD verstossen und damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt.

c) 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, der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst und es sich nicht um eine besonders schwere Verletzung der Parteirechte handelt.⁹ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹⁰

Gemäss Art. 40 Abs. 3 BauG kommt der BVE als Beschwerdeinstanz die volle Überprüfungsbefugnis zu. Dem Beschwerdeführer wurde im Rahmen des

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

⁹ BVR 2012 S. 28 E. 2.3.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 21 N. 16

¹⁰ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 9

Beschwerdeverfahrens Einsicht in die amtlichen Akten gewährt. Er konnte damit seine Rechte vollumfänglich wahrnehmen. Dass dem Beschwerdeführer durch die Heilung des Mangels durch die Rechtsmittelinstanz ein Nachteil erwachsen würde, ist nicht ersichtlich. Die Verletzung der Parteirechte wiegt vorliegend nicht derart schwer, dass dies einer Heilung des Mangels entgegenstehen würde. Der Beschwerdeführer hat – auch nach erfolgter Akteneinsicht – keine materiellen Punkte der bewilligten Projektänderungen beanstandet. Es ist daher nicht anzunehmen, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen Einfluss auf den Verfahrensausgang hatte, womit eine Aufhebung des Bauentscheids mit Rückweisung an die Vorinstanz reiner Selbstzweck wäre und einzig zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung führen würde. Damit sind die Voraussetzungen zur Heilung des Verfahrensfehlers erfüllt. Die Gehörsverletzung wird jedoch im Kostenpunkt zu berücksichtigen sein.

4. Umfang der Änderungen

a) Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss, die vorgenommenen Änderungen würden den Rahmen einer Projektänderung sprengen. Mit den strittigen Änderungen seien am ursprünglich bewilligten Projekt gewichtige Änderungen von grundsätzlicher Bedeutung vorgenommen worden. Die Erhöhung der Wohneinheiten mit der nachfolgenden Neuordnung der Wohnungen sowie die Neuordnung und Umgestaltung der Balkone würden die äusseren Masse des Gebäudes Nr. 3 verändern und dem Projekt eine andere Identität verleihen. Zudem hätten die Änderungen Auswirkungen auf die Immissionen. Die Änderungen hätten daher publiziert werden müssen.

b) Nach Art. 43 Abs. 1 BewD liegt eine Projektänderung vor, wenn das Bauvorhaben in seinen Grundzügen gleich bleibt. Das ist dann nicht mehr der Fall, wenn ein Hauptmerkmal wie Erschliessung, Standort, äussere Masse, Geschosszahl, Geschosseinteilung oder Zweckbestimmung, wesentlich verändert wird, oder wenn eine Mehrzahl geringer Änderungen dem Bau oder der Anlage eine gegenüber dem ursprünglichen Projekt veränderte Identität verleiht. In einem solchen Fall liegt ein neues Projekt vor, das die Einleitung eines neuen Baubewilligungsverfahrens erfordert. Bei Gesamtprojekten

bestimmt sich das zulässige Mass einer Projektänderung nach dem ganzen Vorhaben, nicht nach einem einzelnen Teil.¹¹

c) Die am 5. Februar 2015 bewilligten Projektänderungen umfassen die Anpassung der Wohneinheiten (Erhöhung von drei auf vier Wohnungen auf drei Geschossen bei gleichbleibender Fläche) und der Balkone und Dachterrasse (vier statt drei Balkone im ersten und zweiten Obergeschoss, neu Eckbalkone, über die Fassade auskragende Dachterrasse beim Attikageschoss) im Haus Nr. 3, die Änderung der geplanten Heizung (Gasheizung anstelle Grundwasserwärmepumpe), die Änderung der Fenstereinteilungen bei sämtlichen Gebäuden, die Anpassung des Attikavordachs bei den Häusern Nrn. 2 und 4 sowie die Verbreiterung der Einstellhalleneinfahrt. Von einer wesentlichen Änderung kann nicht gesprochen werden, zumal das Haus Nr. 3 nicht isoliert zu betrachten ist, sondern von einer Gesamtbetrachtung der Überbauung auszugehen ist. Die Veränderungen an den Häusern 1, 2 und 4 sind marginal. Auch beim Haus Nr. 3 blieben die Geschosszahl, die Zweckbestimmung, das Volumen und die Wohnungsfläche unverändert, so dass auch dieses Gebäude in seinen Grundzügen gleich geblieben ist. Die verschiedenen Änderungen führen nicht zu einer gegenüber dem ursprünglichen Projekt veränderten Identität. Der Rahmen einer Projektänderung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 BewD wird damit nicht gesprengt. Es musste daher kein neues Baugesuchsverfahren mit Publikation durchgeführt werden.

5. Zuständigkeit

a) Der Beschwerdeführer stellt die Zuständigkeit der Gemeinde für die Beurteilung der umstrittenen Projektänderung in Frage. So sei der für das Ressort Bau zuständige Gemeinderat der Gemeinde Herzogenbuchsee zugleich Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer einer Schwesterunternehmung (H._____ AG) der Beschwerdegegnerin (C._____) und der Projektverfasserin (I._____ AG). Trotz dessen Ausstands stelle sich die Frage, ob die Gemeinde sich in analoger Anwendung von Art. 8 Abs. 2 BewD als nicht zuständig hätte betrachten und damit eine Überweisung an das Regierungsstatthalteramt hätte vornehmen müssen.

¹¹ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d, N. 12a; VGE 2015/348 vom 24.6.2016, E. 3.2 mit Hinweisen.

b) Die Rüge der Befangenheit bzw. Ausstandsgründe können gemäss Art. 9 Abs. 1 VRPG nur gegen einzelne Mitglieder einer Behörde vorgebracht werden, nicht aber gegen eine Behörde als solche. Denn Ausstands- und Ablehnungsvorschriften gelten für Personen als Träger einer staatlichen Funktion und nicht für die staatliche Funktion an sich.¹² Der Beschwerdeführer hält selber fest, dass der für das Ressort Bau zuständige Gemeinderat in der hier umstrittenen Angelegenheit in den Ausstand getreten ist. Dass eine andere Person der Baubewilligungsbehörde ausstandspflichtig sein soll, wird von ihm nicht geltend gemacht und ist auch nicht erkennbar.

c) Nach Art. 8 Abs. 2 Bst. d BewD ist das Regierungsstatthalteramt zuständig für Bauvorhaben, die für Zwecke der Gemeinde bestimmt sind. Es geht darum, den Anschein zu vermeiden, die Bewilligungsbehörde entscheide in eigener Sache. Die Bestimmung ist daher nicht nur anwendbar, wenn es um Bauvorhaben wie Schulhäuser, Verwaltungsgebäude für die Gemeinde und dergleichen geht, sondern stets dann, wenn die Gemeinde am Vorhaben ein so starkes Interesse hat, dass ihre Unbefangenheit als gefährdet erscheint.¹³

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Das Vorhaben ist nicht für Zwecke der Gemeinde bestimmt. Auch bestehen keine Anzeichen, dass die Gemeinde einzig aufgrund der Doppelfunktion des für das Ressort Bau zuständigen Gemeinderats in dieser Sache nicht unbefangen hätte entscheiden können. Ein allfälliger, persönlicher Ausstandsgrund nach Art. 9 VRPG führt nicht zur Befangenheit der ganzen Behörde. Die Rüge erweist sich als unbegründet.

6. Zusammenfassung und Kosten

a) Der Beschwerdeführer hat in seiner Beschwerde die Aufhebung der Projektänderungsbewilligung vom 5. Februar 2015 und die Erteilung des Bauabschlags beantragt. Er bemängelte zwar zu Recht, dass die Vorinstanz ihn als von der Projektänderung betroffener Dritter nicht angehört hat. Dieser formelle Mangel konnte im Beschwerdeverfahren jedoch geheilt werden und rechtfertigt daher keine Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die weiteren, ebenfalls formellen Rügen des

¹² Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 9 N. 7; BVR 2002 S. 426 E. 1.b.bb mit Hinweisen, BVR 1999 S. 86 ff. E. 3.a.

¹³ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 33 N. 3 mit weiteren Hinweisen.

Beschwerdeführers erweisen sich als unbegründet. Wieso den umstrittenen Projektänderungen der Bauabschlag zu erteilen sein sollte, wie dies der Beschwerdeführer beantragt, wird von diesem nicht näher begründet. Auf diesen Antrag ist daher mangels Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG) nicht einzutreten. Selbst wenn der vorinstanzliche Entscheid aufgrund der Gehörsverletzung aufzuheben wäre, so würde dies entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers in der Eingabe vom 13. November 2017 nicht automatisch zur Erteilung des Bauabschlags führen; vielmehr hätte das Verfahren in diesem Fall zur Weiterführung an die Vorinstanz zurück gewiesen werden müssen. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

b) 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. 900.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GebV¹⁴).

Nach Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Der Beschwerdeführer unterliegt mit seinen Anträgen (Aufhebung der Projektänderungsbewilligung und Erteilung des Bauabschlags) und gilt daher grundsätzlich als unterliegend. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt hat. Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken.¹⁵ Es rechtfertigt sich daher, dem Beschwerdeführer nur zwei Drittel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 600.00, zur Bezahlung aufzuerlegen. Im Rahmen seiner Stellungnahme vom 13. November 2017 führt der Beschwerdeführer aus, auf die Einreichung einer Beschwerde wäre mit grösster Wahrscheinlichkeit verzichtet worden, wenn die Vorinstanz ihm Akteneinsicht gewährt hätte. Soweit er damit sinngemäss geltend macht, der Verfahrensfehler müsse bei der Kostenverlegung stärker berücksichtigt werden, kann ihm nicht gefolgt werden, hat er doch nach erfolgter Akteneinsicht im Rechtsmittelverfahren unverändert an seinen Anträgen festgehalten.

¹⁴ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

¹⁵ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 03. September 2003, E. 3.2, in BVR 2004 S. 138.

Die restlichen Verfahrenskosten von Fr. 300.00 werden der Gemeinde, welche die Gehörsverletzung zu verantworten hat, auferlegt. Da diese nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, können ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Die restlichen Verfahrenskosten trägt deshalb der Kanton.

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). Wie bereits ausgeführt unterliegt der Beschwerdeführer grundsätzlich. Aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs sind aber dem Beschwerdeführer nur zwei Drittel der Parteikosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Den Rest der Parteikosten der Beschwerdegegnerin hat die Vorinstanz zu tragen, welche für die Gehörsverletzung verantwortlich ist.¹⁶ Die Beschwerdegegnerin ist mehrwertsteuerpflichtig¹⁷ und kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwältzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Die in der Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin aufgeführte Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.¹⁸ Ansonsten gibt die Kostennote des Anwaltes der Beschwerdegegnerin gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Der Beschwerdeführer hat somit der Beschwerdegegnerin Parteikosten im Betrag von Fr. 2'046.70 zu ersetzen. Die Gemeinde muss für die restlichen Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin, ausmachend Fr. 1'023.30, aufkommen.

Wegen der Gehörsverletzung wird die Vorinstanz zudem verpflichtet, dem Beschwerdeführer einen Drittel der Parteikosten zu ersetzen. Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Anwalts des Beschwerdeführers beläuft sich auf Fr. 5'355.60 (Honorar Fr. 4'500.00, Auslagen Fr. 458.90, Mehrwertsteuer Fr. 396.70). Nach Art. 11

¹⁶ Vgl. auch VGE 2014/198 vom 6. August 2015. E. 4.4.

¹⁷ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

¹⁸ BVR 2014 S. 484 E. 6

Abs. 1 PKV¹⁹ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG²⁰). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da im Rahmen des Beschwerdeverfahrens keine weiteren Beweismassnahmen angeordnet wurden. Auch die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses sind insgesamt als unterdurchschnittlich einzustufen. Nach dem Gesagten erscheint ein Honorar von Fr. 3'000.00 als angemessen. Wie die Gemeinde zudem in der Eingabe vom 23. November 2017 zu Recht vorbringt, sind die vom Rechtsvertreter in der Kostennote aufgeführten Kosten für Fotokopien von insgesamt Fr. 398.00 für das vorliegende Verfahren unverhältnismässig hoch. Die Auslagen für Fotokopien werden daher um die Hälfte – auf Fr. 199.00 – gekürzt, so dass sich die Auslagen insgesamt auf Fr. 259.90 belaufen. Die Kostennote des Anwalts des Beschwerdeführers wird daher auf Fr. 3'520.70 (Honorar Fr. 3'000.00, Auslagen Fr. 259.90, Mehrwertsteuer Fr. 260.80) gekürzt. Die Gemeinde hat damit dem Beschwerdeführer Parteikosten in der Höhe von Fr. 1'173.55 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Bauentscheid der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 5. Februar 2015 wird bestätigt.
2. Der Beschwerdeführer hat Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 600.00 zu bezahlen. Eine Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. a) Der Beschwerdeführer hat der Beschwerdegegnerin Parteikosten im Betrag von Fr. 2'046.70 zu ersetzen.

¹⁹ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811).

²⁰ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11).

b) Die Gemeinde Herzogenbuchsee hat der Beschwerdegegnerin Parteikosten im Betrag von Fr. 1'023.30 zu ersetzen.

c) Die Gemeinde Herzogenbuchsee hat dem Beschwerdeführer einen Drittel der Parteikosten, ausmachend Fr. 1'173.55 (inkl. Mehrwertsteuer), zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herzogenbuchsee, Bauabteilung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin