

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2018/153

Bern, 2. September 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn A. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B. _____

und

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

vertreten durch Herrn Fürsprecher C. _____



betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 22. Oktober 2018 (Baugesuch-Nr. 2016-057; Umrandungsstützmauern mit Absturzsicherung)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der benachbarten Parzellen Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nrn. D. _____ und E. _____. Die Parzellen grenzen u.a. an die Grundstücke Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nrn. F. _____ bzw. G. _____ an, die sich beide im Eigentum der Gemeinde Herzogenbuchsee befinden. Entlang der Grundstücke des Beschwerdeführers bestehen Umrandungsstützmauern. Die nördliche Umrandungsstützmauer verläuft überwiegend zwischen den Parzellen Nrn. D. _____ (Beschwerdeführer) und F. _____ (Gemeinde). Die östliche Stützmauer grenzt grösstenteils die Parzellen Nr. D. _____ (Beschwerdeführer) und G. _____ (Gemeinde) voneinander ab.

2. Der Beschwerdeführer reichte bei der Gemeinde am 4. Dezember 2018 eine baupolizeiliche Anzeige ein. Darin führte er aus, die H._____ GmbH, die über ein Baurecht auf der Parzelle der Gemeinde Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nr. F._____ verfüge, baue dort eine Sickerungsanlage. Die Versickerungsgrube unterschreite den Minimalabstand zu seinem Grundstück und beeinträchtige die Stabilität der Stützmauer. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2018 forderte der Beschwerdeführer die Gemeinde auf, umgehend baupolizeilich einzuschreiten.

3. Mit Schreiben vom 8. Januar 2018 teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer mit, aufgrund des Schreibens des Beschwerdeführers vom 28. Dezember 2018 habe sie von Amtes wegen den baupolizeilichen Sachverhalt auf den Parzellen des Beschwerdeführers abgeklärt. Dabei habe sie u.a. festgestellt, dass die bestehenden Umrandungsstützmauern nie bewilligt worden seien. Sie erwäge daher die Wiederherstellung. Eine Wiederherstellungsverfügung würde aufgeschoben, wenn ein nachträgliches Baugesuch eingereicht würde.

4. Die Gemeinde informierte den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 24. April 2018, dass sie zwischenzeitlich Vermessungsarbeiten in Auftrag gegeben habe. Dabei sei u.a. festgestellt worden, dass die Mauern durchgehend höher als 1 m seien. Deshalb sei eine Absturzsicherung von 1 m notwendig. Der Bauteil an der Grenze werde somit höher als 1.20 m. Dies mache ein Näherbaurecht erforderlich.

5. Der Beschwerdeführer reichte daraufhin am 11. Juli 2018 ein auf den 5. Juli 2018 datierendes Baugesuch ein für folgendes Vorhaben: «Projektanpassung: Umrandungsstützmauern mit Absturzsicherung».

6. Mit Schreiben vom 30. August 2018 teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer mit, als Grundeigentümerin der Nachbarparzellen werde sie kein Näherbaurecht gewähren.

7. Am 22. Oktober 2018 erteilte die Gemeinde dem teilweise nachträglichen Baugesuch den Bauabschlag. Zudem ordnete sie als Wiederherstellungsmassnahme die Kürzung der Umrandungsstützmauern auf 99 cm an.

8. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 19. November 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt die Erteilung der Baubewilligung und die Aufhebung der Wiederherstellungsanordnung. Zur Begründung macht er insbesondere geltend, die Mauern würden bereits seit mehr als fünf Jahren bestehen, weshalb die Wiederherstellung nicht mehr verlangt werden könne. Weil eine Wiederherstellung nicht in Frage komme und bei einer Mauer von über 1 m Höhe eine Absturzsicherung zu montieren sei, müsse das Gesuch folglich bewilligt werden.

9. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Gemeinde hielt in ihrer Stellungnahme am angefochtenen Entscheid fest. Das Rechtsamt führte daraufhin am 28. März 2019 im Beisein des Beschwerdeführers sowie einer Vertretung der Vorinstanz einen Augenschein mit Instruktionsverhandlung durch. Die Parteien erhielten danach Gelegenheit, sich zum Protokoll des Augenscheins zu äussern. Der Beschwerdeführer reichte in der Folge am 3. Juni 2019 ein angepasstes Vorhaben ein und bezeichnete dieses als Projektänderung. Insbesondere soll die Absturzsicherung neu mittels von den Parzellengrenzen bzw. von den Mauern rückversetzten Sträuchern anstatt mit einem Zaun erfolgen. Das Rechtsamt gab den Beteiligten daraufhin Gelegenheit für eine Stellungnahme sowie zum Einreichen von Schlussbemerkungen. Die Gemeinde führte in ihrer Eingabe vom 10. Juli 2019 aus, die Projektänderung sei nicht bewilligungsfähig.

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

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

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Bauentscheide sowie baupolizeiliche Verfügungen können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG²). Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen und Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen und Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer ist Baugesuchsteller und Alleineigentümer der Bauparzellen. Er ist damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerechte Beschwerde ist einzutreten.

2. Projektänderung

a) Betreffend die Absturzsicherung beabsichtigte der Beschwerdeführer ursprünglich, einen Zaun auf den Mauern zu errichten. Im Beschwerdeverfahren stellte der Beschwerdeführer anlässlich des Augenscheins vom 28. März 2019 eine diesbezügliche Projektänderung in Aussicht. Daraufhin reichte er dem Rechtsamt am 3. Juli 2019 ein neues Baugesuchsformular 1.0 ein, auf dem er das geänderte Vorhaben wie folgt umschreibt: «Projektänderung: Anpassung Ausführung Absturzsicherung, neu mittels Bepflanzung (Sträucher)». Zudem reichte er einen neuen Plan «Umrandungsstützmauern mit Absturzsicherung» mit rev. Datum vom 27. Mai 2019 sowie einen neuen Plan «Situation» mit rev. Datum vom 28. Mai 2019 ein. Gemäss den angepassten Plänen und dem neuen Baugesuchsformular soll die Absturzsicherung für die Stützmauern neu in Form von Sträuchern anstatt wie bisher mittels eines Zauns realisiert werden. Die Sträucher sollen sich nicht näher als 50 cm bei der Parzellengrenze befinden und gemäss den Erläuterungen des Beschwerdeführers jeweils um die Mehrhöhe von der Grundstücksgrenze rückversetzt sein. Aus einem Vergleich des alten mit dem revidierten Plan «Umrandungsstützmauern mit Absturzsicherung» ist zudem ersichtlich, dass die Oberkante der östlichen Stützmauer neu

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

nur noch maximal 120 cm über dem bestehenden Terrain der angrenzenden Gemeindeparzelle Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nr. G._____ liegen soll. Im alten Plan war diese östliche Mauerhöhe mit maximal 130 cm angegeben. Die nördliche Umrandungsstützmauer ist unverändert mit einer Maximalhöhe von 120 cm eingezeichnet.

b) Laut Art. 43 BewD³ kann die baugesuchstellende Person während eines Baubewilligungsverfahrens oder eines nachfolgenden Beschwerdeverfahrens vor der BVE eine Projektänderung einreichen, ohne dass deshalb ein neues Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden muss. Eine Projektänderung liegt vor, wenn das Bauvorhaben in seinen Grundzügen gleich bleibt. Erfolgt die Projektänderung im Beschwerdeverfahren, sind die Gemeinde, die Gegenpartei und die von der Projektänderung zusätzlich berührten Dritten anzuhören. Die Beschwerdeinstanz ist befugt, die Sache zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 43 Abs. 3 BewD), kann aber auch selbst über die Projektänderung entscheiden. Das geänderte Projekt tritt an die Stelle des ursprünglichen Bauvorhabens.⁴

c) Das Bauvorhaben bleibt in den Grundzügen gleich. Das Vorhaben betrifft nach wie vor die Umrandungsstützmauern, die absturzsicher gemacht werden sollen. Die Projektänderung berührt keine öffentlichen oder wesentlichen nachbarlichen Interessen zusätzlich. Die Gemeinde als Eigentümerin der Parzellen Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nrn. F._____ bzw. G._____ konnte sich zur Projektänderung äussern. Gegenstand des Verfahrens ist somit das Projekt gemäss der Projektänderung vom 3. Juni 2019 (Pläne gestempelt von der BVE am 5. Juni 2019).

3. Baubewilligungsfähigkeit der Projektänderung

a) Die Gemeinde erteilte dem Vorhaben ursprünglich aufgrund des fehlenden Näherbaurechts den Bauabschlag. Auch das geänderte Bauvorhaben erachtet sie nicht als bewilligungsfähig. Die vorgesehene Buschbepflanzung sei als Sicherung unzureichend, weil auf den Umgebungsflächen rund um die Häuser des Beschwerdeführers Spielplätze bestehen müssten und Kleinkinder durch die Bepflanzungen nicht aufgehalten würden. Die Umgebung weise zudem ein Gefälle gegen die Aussenseite hin auf. Weiter schliesse eine

³ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁴ Vgl. BVR 2012 S. 463 E. 2.2, m.w.H.

rund 1.80 m tiefe Sickermulde an die Mauern an. Die Absturzhöhe betrage daher in gewissen Teilen gegen drei Meter. Eine Absturzsicherung mit einem Zaun sei zwingend nötig.

Der Beschwerdeführer ist demgegenüber der Ansicht, die Absturzsicherung könne durch eine geeignete Pflanzung und ohne jegliche Zaunelemente sichergestellt werden. Die Sträucher und Büsche würden um das Mass der Mehrhöhe rückversetzt. Da sich die begehbare Fläche nahezu auf gleicher Höhe befinde wie die Umrandungsstützmauern, seien keine zusätzlichen Absturzsicherungen notwendig.

b) Ein Bauvorhaben ist zu bewilligen, wenn es den bau- und planungsrechtlichen Vorschriften entspricht, die öffentliche Ordnung nicht gefährdet und ihm keine Hindernisse der Planung entgegenstehen (Art. 2 BauG). Bauten und Anlagen müssen u.a. so erstellt, betrieben und unterhalten werden, dass sie weder Personen noch Sachen gefährden (Art. 21 BauG). Sie müssen nach den Regeln der Baukunde ausgeführt werden (vgl. Art. 57 BauV⁵), wofür die Bauherrschaft und Werkeigentümerschaft verantwortlich sind. Die Sicherheitsanforderungen gelten nicht nur für die Bauphase, sondern für die gesamte Lebensdauer der Bauten und Anlagen. Betreffend die Sicherheit bei begehbaren Flächen wie Treppen, Galerien, Balkone, Brüstungen schreibt Art. 58 BauV Geländer oder andere geeignete Schutzvorrichtungen vor, wenn eine Absturzgefahr für Personen besteht. Die Baugesetzgebung konkretisiert die anerkannten Regeln der Baukunde und Sicherheitsanforderungen nicht näher, sondern verweist in Art. 57 Abs. 2 BauV auf die Vorschriften und Richtlinien der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA). Ergänzend sind die einschlägigen Normen und Empfehlungen der Fachverbände zu beachten, wozu auch die SIA-Normen gehören.⁶ Für die Geländer von Hochbauten verweisen die Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu)⁷ und auch die SUVA⁸ auf die SIA-Norm 358. Nach der SIA-Norm 358 «Geländer und Brüstungen» beurteilen sich die Anforderungen an Geländer und Brüstungen im Einzelfall aufgrund eines Gefährdungsbildes. Bei Wohnbauten ist das Gefährdungsbild 1 «Fehlverhalten von unbeaufsichtigten Kindern» anwendbar. Dieses schreibt ein mindestens 1 m hohes Schutzelement vor, wenn die Absturzhöhe mehr als 1 m beträgt (Ziff. 2.1.2 und 3.1.3). Bei Absturzhöhen bis 1.50 m kann

⁵ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

⁶ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 21 N. 7

⁷ bfu, «Geländer und Brüstungen», Fachbroschüre, abrufbar unter www.bfu.ch

⁸ Vgl. «Geländer – auf die Höhe kommt es an», abrufbar unter www.suva.ch

der Schutz auch darin bestehen, dass die Zugänglichkeit des Randes von begehbaren Flächen durch geeignete Massnahmen wie Bepflanzung oder dergleichen erschwert wird (Ziff. 2.1.4).

c) Gemäss den geänderten Plänen beträgt die Höhe der Umrandungsstützmauern zwischen 1 m und 1.20 m. Wie dargelegt, ist bei einer Absturzhöhe bis zu 1.50 m eine Bepflanzung als Schutzelement grundsätzlich zulässig. Die Sickermulde unterhalb der Mauern bildet vorliegend zwar eine Art Tal entlang der Mauern, wodurch bei einem direkten Fall von der Mauer in die Mulde die Absturzhöhe mehr als 1.50 m betragen würde. Zwischen den Mauern und dem Beginn der Mulde befindet sich jedoch ein Rasenbankett, das mit seiner Breite einem solchen Sturz in die Mulde weitgehend vorbeugen dürfte. Bauherrschaft der Sickermulde ist zudem nicht der Beschwerdeführer, sondern die H._____ GmbH. Die Sicherung der Mulde obliegt daher der H._____ GmbH. Eigentümerin des Grundstücks, auf dem sich die Mulde befindet, ist die Gemeinde Herzogenbuchsee. Der Beschwerdeführer ist somit nicht am Bau der Mulde beteiligt und auch nicht für deren Sicherung zuständig. In der angefochtenen Verfügung ging die Gemeinde zudem selbst davon aus, bei einer Mauerhöhe von 99 cm sei keine Absturzsicherung notwendig. Die Gemeinde rechnete damals also die durch die Sickermulde entstandene Mehrhöhe nicht ein, andernfalls wäre eine Kürzung der Mauern auf 99 cm ungenügend gewesen. Die Gemeinde verhält sich widersprüchlich, wenn sie nun vom Beschwerdeführer verlangt, dieser müsse bei seinem geänderten Projekt die Sickermulde mitberücksichtigen. Der Beschwerdeführer kann die Mauern also grundsätzlich mittels einer Bepflanzung sichern.

d) Die Gemeinde bezweifelt, dass die geplanten Sträucher für spielende Kinder einen ausreichenden Schutz bieten. Auf den Parzellen des Beschwerdeführers befindet sich jeweils ein Wohnhaus. Die Wohnhäuser wurden im Jahr 1970 baubewilligt und im Jahr 1996 erstmals saniert. Im Jahr 2017 bewilligte die Gemeinde eine weitere Sanierung bzw. einen weiteren Umbau. Um die Wohnhäuser herum existiert heute kein Spielplatz, obwohl ein solcher in den baubewilligten Plänen von 1996 vorgesehen war. Gemäss den damaligen Plänen sollte die Spielfläche aus mehreren Spielelementen, einem Rasenspielplatz und einem Badmintonfeld bestehen. Der Spielplatz sollte zwischen den beiden Wohnhäusern auf den von den Mauern abgewandten Seiten gebaut werden.⁹ In den bewilligten Plänen aus dem Jahr 2017 ist die Umgebung der Wohnhäuser anders dargestellt: Ein eigentlicher

⁹ Vgl. Plan Nr. 946/1 «Grundriss Erdgeschoss» mit rev. Datum 10. November 1995, bewilligt am 14. Februar 1996

Spielplatz mit Spielelementen oder einem Badmintonplatz besteht nicht. Die Gemeinde führte am Augenschein daher zu Recht aus, der vorgesehene Spielplatz sei nicht vorhanden.¹⁰ Zwar ist in den Plänen aus dem Jahr 2017 die Grünfläche rund um die Wohnhäuser mit «Rasen/Spielfläche bestehend» beschrieben. Auf dieser Grünfläche befinden sich jedoch keine Spielelemente, sondern mehrere Oberlichter mit einer quadratischen Grundform von rund 2x2 m und einer Glaskuppel.¹¹ Zudem wurden in den Plänen von 2017 weitere Lichtkuppeln mit einem Sockel von rund 1.5x1.5 m auf dem Rasenplatz baubewilligt.¹² Anlässlich des Augenscheins war für das Rechtsamt ersichtlich, dass sich die Umgebungsfläche zumindest in der Nähe der Stützmauern von der Geometrie her und aufgrund der vorhandenen Oberlichter bzw. Lichtkuppeln nicht als Spielwiese eignet. Der Beschwerdeführer behauptete denn auch nicht, die Fläche würde als solche benützt.¹³ Für die rechtliche Beurteilung eines Vorhabens ist der Sachverhalt im Zeitpunkt des Entscheids massgebend.¹⁴ Die Frage, ob die vorgesehenen Sträucher die Zugänglichkeit zu den Mauern ausreichend erschweren, ist also anhand der heute bestehenden Situation zu beurteilen. Potentielle Spielplätze sind zum heutigen Zeitpunkt also nicht massgebend. Dies gilt umso mehr, als der fehlende Spielplatz soweit ersichtlich nie formell beanstandet oder zum Gegenstand eines Verfahrens gemacht worden ist und die Gemeinde noch im Jahr 2017 neue Lichtkuppeln bewilligt hat. Hinzu kommt, dass die Regeln für das vorliegend massgebende Gefährdungsbild 1 «Fehlverhalten von unbeaufsichtigten Kindern» nicht nur bei Wohnbauten, sondern beispielsweise auch bei Kindergärten oder Volksschulen zur Anwendung gelangen. Dort sind Spielplätze üblich. Selbst wenn Kinder auf der vorliegenden Rasenfläche spielen sollten, wird die Zugänglichkeit zu den Mauern mit den geplanten Sträuchern also gemäss den Regeln zum einschlägigen Gefahrenbild 1 ausreichend erschwert.¹⁵

e) Die Gemeinde verweigerte dem ursprünglichen Vorhaben die Bewilligung aufgrund der Verletzung des Grenzabstands. Für die gegenüber Nachbargrundstücken einzuhaltenden Grenzabstände sind die Vorschriften der Gemeinden im Baureglement massgebend (Art. 12

¹⁰ Protokoll des Augenscheins vom 28. März 2019, S. 3, Votum I. _____

¹¹ Vgl. Fotodokumentation zum Augenschein vom 28. März 2019; Plan-Nr. 32.2.2 «Grundriss Erdgeschoss» mit rev. Datum 5. April 2017, bewilligt am 20. April 2017

¹² Plan-Nr. 32.2.2 «Grundriss Erdgeschoss» mit rev. Datum 5. April 2017, bewilligt am 20. April 2017

¹³ Vgl. Protokoll des Augenscheins vom 28. März 2019, S. 7, Votum A. _____

¹⁴ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 25 N 2

¹⁵ bfu, «Geländer und Brüstungen», Fachbrochure S. 4

Abs. 2 i.V.m. Art. 69 Abs. 2 Bst. e BauG). Gemäss Art. 33 Abs. 1 GBR¹⁶ sind bei der Erstellung von Bauten, welche den gewachsenen Boden um mehr als 1.20 m überragen, die jeweiligen Grenzabstände einzuhalten. Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer können Abweichungen von den reglementarischen Bauabständen zum nachbarlichen Grund mit einem im Grundbuch eingetragenen Näherbaurecht vereinbaren (Art. 36 Abs. 1 GBR). Weil die Mauern nur noch maximal 1.20 m hoch sein sollen, ist damit kein Näherbaurecht der Gemeinde erforderlich. Abstandsvorschriften für Einfriedungen, Hecken, Bäume und Sträucher und dergleichen sieht das Gemeindebaureglement nicht vor. Die vorgesehenen Sträucher haben demnach keinen reglementarischen Abstand einzuhalten. Gemäss den Plänen sollen sie aber nicht näher als 50 cm an die Nachbargrundstücke grenzen. Eine Verletzung von öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften ist demnach nicht ersichtlich. Die Gemeinde macht in ihrer Stellungnahme zur Projektänderung ebenfalls nicht mehr geltend, die Pflanzungen befänden sich zu nahe an der Grenze.

Die Hecke mit Sträuchern ist also als Schutzelement für Abstürze geeignet und verletzt den Grenzabstand nicht. Die Projektänderung ist demnach bewilligungsfähig.

4. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) In der angefochtenen Verfügung ordnete die Gemeinde die Kürzung der bestehenden Mauern auf 99 cm an. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, ab einer Mauerhöhe von 1.20 m sei ein Näherbaurecht erforderlich. Die Gemeinde als Eigentümerin der Nachbarparzellen erteile ein solches nicht. Bei einer Absturzhöhe von 1 m müsse zudem eine Absturzsicherung montiert werden. Diese Sicherung sei aufgrund des fehlenden Näherbaurechts nicht bewilligungsfähig. Die Mauern seien daher auf eine Höhe von 99 cm zu kürzen, so dass weder ein Näherbaurecht noch eine Absturzsicherung notwendig sei.

b) Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde insbesondere geltend, eine Wiederherstellung sei nur bis zu fünf Jahren nach Erkennbarkeit des rechtswidrigen Zustands möglich. Die Mauern bestünden bereits mehr als fünf Jahre, weshalb eine Wiederherstellung nicht mehr verlangt werden könne. Auch würden keine zwingenden öffentlichen Interessen an einem Rückbau der Mauern bestehen.

¹⁶ Baureglement der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 7. September 2015 (GBR)

c) Die Wiederherstellung wird zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands verfügt (Art. 46 BauG). Bauten sind rechtswidrig, wenn sie ohne Bewilligung erstellt wurden (formelle Rechtswidrigkeit) und nicht bewilligungsfähig sind (materielle Rechtswidrigkeit). Ausnahmsweise kann von der Wiederherstellung abgesehen werden, wenn sie unverhältnismässig wäre oder Gründe des Vertrauensschutzes entgegenstehen.¹⁷ Auch bei baubewilligungsfreien Bauten und Anlagen sind u.a. im Interesse der Sicherheit baupolizeiliche Massnahmen möglich, sofern sie die öffentliche Ordnung stören (vgl. Art. 1b Abs. 2 und Art. 1b Abs. 3 BauG).

d) Die bestehenden Stützmauern sind momentan über 1 m hoch und ungesichert. Von ihnen geht daher ein Sicherheitsrisiko aus (vgl. E. 3.b). Der Beschwerdeführer ist daher nicht nur berechtigt, die bewilligte Absturzsicherung auszuführen, er ist im Rahmen der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auch dazu verpflichtet.

e) Die Gemeinde ordnete im angefochtenen Wiederherstellungsbefehl die Kürzung der Mauern auf 99 cm an. Dabei ging sie im Entscheid vom 22. Oktober 2018 von einer Mauerhöhe von bis zu 1.30 m aus. Der Beschwerdeführer bestätigte mit den im ursprünglichen Baubewilligungsverfahren eingereichten Plänen¹⁸ und auch am Augenschein vom 28. März 2018¹⁹, dass zumindest die östliche Mauer über 1.20 m hoch sei. Im revidierten Plan «Umrandungsstützmauern mit Absturzsicherung» vom 27. Mai 2019 gibt der Beschwerdeführer jedoch nunmehr an, das bestehende Terrain liege bei der östlichen Umrandungsstützmauer nirgends tiefer als 120 cm unter der Maueroberkante. Im ursprünglichen Plan «Umrandungsstützmauern mit Absturzsicherung» vom 5. Juli 2018 war die Maximalhöhe noch mit 130 cm angegeben. Die Angaben zum Terrain selbst sind unverändert und auch die Höhe der nördlichen Mauer gibt der Beschwerdeführer nach wie vor mit einer Höhe von maximal 120 cm an. Er hat also einzig die maximale Höhe der östlichen Mauer geändert, so dass neu beide Mauern nicht höher als 1.20 m sein sollen. Bei einer Mauerhöhe von maximal 1.20 m ist kein Näherbaurecht erforderlich. Die Absturzsicherheit ist zudem mit der Pflanzung von Sträuchern gewährleistet. Es kann insoweit auf die Ausführungen in E. 3 verwiesen werden. Gründe für eine niedrigere Mauerhöhe als 1.20 m sind damit nicht ersichtlich. Die Wiederherstellungsanordnung der

¹⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Band I, Bern 2013, Art. 46 N. 9

¹⁸ Plan «Umrandungsstützmauern mit Absturzsicherung» vom 5. Juli 2018

¹⁹ Protokoll des Augenscheins vom 28. März 2019, S. 5, Feststellung des Vorsitzenden mit Verbal

Vorinstanz im angefochtenen Entscheid vom 22. Oktober 2018, wonach die Mauern auf 99 cm zu kürzen sind, ist daher aufzuheben. Der Beschwerdeführer hat mit der Eingabe der Projektänderung die Aufhebung des angefochtenen Wiederherstellungsbefehls verlangt.²⁰ Diesem Antrag wird im Ergebnis entsprochen. Der Beschwerdeführer hat allerdings die von ihm planerisch dargestellte Situation, die antragsgemäss zur Aufhebung der angefochtenen Wiederherstellungsanordnung führen soll, tatsächlich umzusetzen. Dies gilt sowohl betreffend die Bepflanzung als auch die Mauerhöhen. Insofern kann offen gelassen werden, wie bei der ursprünglich angegebenen Mauerhöhe von maximal 1.30 m zu entscheiden gewesen wäre. Der Beschwerdeführer ist auf seinen geänderten Angaben zu behaften.

5. Zusammenfassung und Kosten

a) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für eine Instruktionsverhandlung oder einen Augenschein wird zusätzlich eine Gebühr erhoben (Art. 20 Abs. 1 GebV²¹). Bei der Festsetzung der Verfahrenskosten ist vorliegend zu beachten, dass der Beschwerdeführer in einer anderen Angelegenheit eine weitere Beschwerde gegen einen Entscheid der Gemeinde Herzogenbuchsee bei der BVE eingereicht hat. Die Vorakten der beiden Fälle sind dieselben und auch der Augenschein fand für beide Verfahren zusammen statt. Der sich überschneidende Aufwand ist auf beide Verfahren aufzuteilen. Die Pauschalgebühr für das vorliegende Verfahren wird daher auf Fr. 1'100.-- festgesetzt (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV). Für den für das vorliegende Verfahren angefallenen Aufwand des Augenscheins wird eine zusätzliche Gebühr von Fr. 300.-- erhoben. Die Verfahrenskosten belaufen sich demnach auf Fr. 1'400.--.

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. Wer ein Rechtsmittel zurückzieht, den Abstand erklärt oder auf andere Weise dafür sorgt, dass das Verfahren gegenstandslos wird, gilt als unterliegende Partei (Art. 110 Abs. 1 VRPG). Als unterliegend gilt auch, wer den Einwänden der Behörden oder der Gegenpartei

²⁰ Eingabe des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2019, S. 2

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

durch eine Projektänderung Rechnung trägt.²² Im vorliegenden Verfahren hat der Beschwerdeführer eine Projektänderung eingereicht. Er sorgte damit für die teilweise Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens und gilt damit insoweit als unterliegend. Die Gemeinde stimmte indes auch dem neuen Projekt nicht zu. Zur angeordneten Kürzung der Mauer auf 99 cm äusserte sie sich zudem nicht mehr und hielt demnach weiterhin an dieser fest. Insofern gilt auch die Gemeinde als unterliegend. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten von Fr. 1'400.-- hälftig zu teilen. Der Beschwerdeführer hat demnach einen Verfahrenskostenanteil in der Höhe von Fr. 700.-- zu bezahlen. Da die Gemeinde nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen ist, können ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Auf die Erhebung der restlichen Verfahrenskosten von Fr. 700.-- wird deshalb verzichtet.

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²³ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- 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 KAG²⁴). Der Anwalt des Beschwerdeführers macht ein Honorar von Fr. 4'500.--, Auslagen von Fr. 150.-- und Mehrwertsteuern geltend. Auch bei der Festsetzung der Parteikosten ist zu beachten, dass der Aufwand insbesondere betreffend das Aktenstudium und den Augenschein nicht ausschliesslich im vorliegenden Beschwerdeverfahren angefallen ist, sondern sich mit einem anderen Beschwerdeverfahren überschneidet. Der gebotene Zeitaufwand für das vorliegende Verfahren war daher leicht unterdurchschnittlich. Die Schwierigkeit des Prozesses und die Bedeutung der Streitsache sind als unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint eine Ausschöpfung des Gebührenrahmens zu 30 % und damit ein Honorar von Fr. 3'820.-- als angemessen. Die Parteikosten des Beschwerdeführers werden somit festgelegt auf Fr. 4'275.70 (Honorar Fr. 3'820.--, Auslagen Fr. 150.--, Mehrwertsteuern Fr.

²² Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 2; Art. 110 N. 5

²³ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

²⁴ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

305.70). Der Beschwerdeführer hat damit aufgrund seines häufigen Obsiegens Anspruch auf Ersatz eines Parteikostenanteils von Fr. 2'137.85. Da keine Gegenpartei im Verfahren ist, der diese Kosten auferlegt werden können, hat die Gemeinde als Vorinstanz Parteikosten des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 2'137.85 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuern) zu übernehmen.²⁵ Die Gemeinde Herzogenbuchsee hat keinen Anspruch auf einen Parteikostenersatz (vgl. Art. 104 Abs. 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Projektänderung gemäss den nachfolgenden Plänen wird bewilligt:
 - Plan-Nr. BG_GRU_0000 «Umrandungsstützmauern mit Absturzsicherung» 1:100 vom 27. Mai 2019, gestempelt von der BVE am 5. Juni 2019
 - Plan-Nr. BG_SIT_000 «Situation» 1:500 vom 28. Mai 2019, gestempelt von der BVE am 5. Juni 2019

Der Beschwerdeführer hat den in den Plänen gemäss Ziffer 2 dargestellten Zustand betreffend die Stützmauern und die Hecke als Absturzsicherung bis zum 31. März 2020 auszuführen.

Insoweit wird der Entscheid der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 22. Oktober 2019 aufgehoben und die Beschwerde gutgeheissen, soweit sie nicht durch die Projektänderung gegenstandslos geworden.

2. Je ein Satz der in Ziff. 1 genannten Pläne werden den Verfahrensbeteiligten zugestellt.
3. Der Beschwerdeführer hat Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 700.-- zu bezahlen. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Die Gemeinde Herzogenbuchsee hat dem Beschwerdeführer Parteikosten im Betrag von Fr. 2'137.85 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

²⁵ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 13

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, mit Beilagen gemäss Ziff. 1, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher C._____, mit Beilagen gemäss Ziff. 1, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in 3 Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.