



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2023/53

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 30. August 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch D. _____

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Orpund, Gemeindeverwaltung, Gottstattstrasse 12,
Postfach 171, 2552 Orpund

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Orpund vom 24. Februar
2023 (eBau Nummer: 2022-18039/112936; Attika)

I. Sachverhalt

1. Am 7. November 2019 erteilte das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne dem Beschwerdeführer die Baubewilligung für den «Teilabbruch Werkstatt Gebäude F. _____ strasse 217 und Anbau Wohnhaus / Umbau und die Aufstockung Gebäude F. _____ strasse 217b und Einbau Wohnungen» auf Parzelle Orpund Grundbuchblatt Nr. G. _____. Die Parzelle liegt in der Mischzone Kern. Gemäss den am 7. November 2019 bewilligten Plänen ist das Attikageschoss des Gebäudes 217b westseitig um 3.5 m und auf den übrigen Seiten um 1.5 m vom darunterliegenden Vollgeschoss zurückversetzt. Einzig die Erschliessungsanlagen mit einer Länge von 7.15 m und einer Breite von 3.06 m (Treppenhaus und Lift) in der nordöstlichen Ecke ist nicht zurückversetzt.

2. Mit Schreiben vom 24. August 2022 teilte die Bauverwaltung der Gemeinde Orpund dem Beschwerdeführer mit, anlässlich der Bauabnahme vom 9. August 2022 habe sie Mängel entdeckt, unter anderem, dass die Attika nicht nach den bewilligten Plänen vom 7. November 2019 ausgeführt worden und die Attikavorschriften des Gemeindebaureglements nicht eingehalten seien. Die Attika sei nach den bewilligten Plänen zurückzubauen. Die Gemeinde gewährte dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör. Gleichentags erstattete die Gemeinde Strafanzeige. Mit Schreiben vom 27. September 2022 teilte der Beschwerdeführer hinsichtlich der Attika mit, dass der Treppenhausaufgang in der Baubewilligung zweiseitig mit der Fassade verbunden sei. Der fehlende Abstand auf der Wetterseite werde durch die Fläche auf der gegenüberliegenden Seite

wettgemacht. Zum Schutz der Liegenschaft sei es einfacher gewesen, den Treppenaufgang um fünf Meter zu verbreitern. Ein Rückbau der Wohnung wegen den 7.5 m³ sei aus seiner Sicht unverhältnismässig. Die ganze Bodenheizung müsste ersetzt und die Fassade müsse ebenfalls komplett erneuert werden. Der ganze Rückbau würde gemäss Architekten und Bauplaner über 110 000.- Franken kosten.

3. Mit Wiederherstellungsverfügung vom 28. September 2022 hielt die Gemeinde fest, die Attika sei ostseitig ohne den Rücksprung von 1.5 m auf die darunterliegende Fassade gebaut worden. Sie forderte den Beschwerdeführer auf, das Attikageschoss bis am 31. März 2023 nach den bewilligten Plänen auszuführen und drohte die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

Gegen diese Wiederherstellungsverfügung reichte der Beschwerdeführer am 31. Oktober 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein.

Mit Verfügung vom 3. November 2022 hielt das Rechtsamt der BVD, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹, fest, dass über die Ansicht des Beschwerdeführers, die gebaute Attika entspreche dem GBR², bisher nicht rechtskräftig entschieden worden sei. Da in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung der Hinweis auf die Möglichkeit eines nachträglichen Gesuchs fehle und nicht völlig offensichtlich sei, dass eine Baubewilligung ausser Frage stehe, müsse dem Beschwerdeführer im vorliegenden Rechtsmittelverfahren Gelegenheit dazu eingeräumt werden. Die Wiederherstellungsverfügung werde aufgeschoben, wenn der Pflichtige innert 30 Tagen seit Eröffnung ein Gesuch um nachträgliche Baubewilligung einreiche. Daraufhin reichte der Beschwerdeführer bei der Gemeinde Orpund ein nachträgliches Baugesuch mit Ausnahmegesuch für den fehlenden Rücksprung ostseitig ein (Eingang am 5. Dezember 2022). In der Folge schrieb das Rechtsamt das Beschwerdeverfahren RA 120/2022/60 mit Abschreibungsverfügung vom 6. Dezember 2022 ab.

4. Nach Prüfung der Unterlagen des nachträglichen Baugesuchs teilte die Bauverwaltung Orpund dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 25. Januar 2023 mit, dass für das Abweichen von den Attikavorschriften keine Ausnahmegründe nach Art. 26 BauG vorliegen und deshalb dem Baugesuch der Bauabschlag erteilt und die Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes verlangt werde. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verweigerte die Gemeinde mit Entscheid vom 24. Februar 2023 die beantragte Ausnahmegewilligung, erteilte den Bauabschlag und forderte den Beschwerdeführer auf, das Attikageschoss bis am 31. August 2023 nach den am 7. November 2019 bewilligten Plänen auszuführen. Zudem drohte sie die Ersatzvornahme und eine Busse bei Nichtbefolgung an.

5. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 29. März 2023 Beschwerde bei der BVD ein. Er stellt das Rechtsbegehren, der Bauentscheid und die im Bauentscheid integrierte Wiederherstellungsverfügung der Baupolizeibehörde der Einwohnergemeinde Orpund vom 24. Februar 2023 seien aufzuheben, unter Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz.

6. Das Rechtsamt führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Es zog zudem die Akten des Verfahrens RA 120/2022/60 (erste Wiederherstellungsverfügung) bei. Mit Vernehmlassung vom 1. Mai 2023 beantragt die Gemeinde die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer replizierte mit Schreiben vom 21. Juni 2023. Die Gemeinde reichte innert Frist

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

² Baureglement der Einwohnergemeinde Orpund vom 23. November 2011, genehmigt vom Amt für Gemeinden und Raumordnung am 25. April 2012

keine Duplik ein. Das Rechtsamt holte weitere Vorakten, insbesondere die Originalpläne der Bewilligung vom 7. November 2019, ein. Weiter versuchte es, die gemäss Beschwerdeführer in der betroffenen Attikawohnung wohnhaften Mieter von Amtes wegen am Verfahren zu beteiligen. Gemäss Post konnten die Empfänger an der Adresse nicht ermittelt werden und eine Anfrage bei der Gemeinde ergab, dass die angeblichen Mieter (Familie A. _____) nie an dieser Adresse gemeldet waren. Das Rechtsamt setzte die Verfahrensbeteiligten davon mit Verfügung vom 3. August 2023 in Kenntnis und teilte insbesondere mit, es gehe davon aus, dass die Attikawohnung zurzeit nicht an Dritte vermietet sei. Daraufhin meldete sich Herr A. _____ mit Schreiben vom 15. August 2023 und teilte mit, er habe den Mietvertrag im Januar 2023 unterzeichnet, sei dann aber nicht eingezogen, da ihm Herr C. _____ im März mitgeteilt habe, es gebe Probleme mit der Bauabnahme. Er hoffe jedoch, im Herbst in die (unverändert grosse) Wohnung ziehen zu können. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Angefochten ist ein Bauabschlag mit Wiederherstellungsverfügung nach Art. 46 BauG³. Bauentscheide sowie baupolizeiliche Verfügungen können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 BauG). Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Der Beschwerdeführer ist als Baugesuchssteller und Adressat der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde befugt (Art. 40 Abs. 2 BauG und Art. 65 Abs. 1 VRPG⁴). Auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Attika

a) Gemäss den am 7. November 2019 bewilligten Plänen ist das Attikageschoss des Gebäudes 217b westseitig um 3.5 m und auf den übrigen Seiten um 1.5 m vom darunterliegenden Vollgeschoss zurückzusetzen. Einzig die Erschliessungsanlagen mit einer Länge von 7.15 m und einer Breite von 3.06 m (Treppenhaus und Lift) in der nordöstlichen Ecke sind nicht zurückversetzt. Entgegen den bewilligten Plänen verzichtete der Beschwerdeführer bei der Ausführung des Attikageschosses ostseitig auf den Rücksprung mit den Massen 5.62 m x 1.5 m und einer Fläche von rund 8.5 m² und vergrösserte dadurch die Wohnfläche und das Volumen. Um wie viel sich die Wohnfläche genau vergrössert, kann anhand der Flächenangaben der neuen Pläne nicht ermittelt werden, ist vorliegend aber auch nicht entscheidend.⁵

b) Gemäss Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR gelten die folgenden Masse für Attikageschosse: Rückversetzung mind. 4.0 m bei zweiseitigem Anbau an die Fassade oder Rückversetzung mind. 1.5 m bei allseitigem Abstand von den Fassaden. Hinsichtlich dem Mass der Nutzung bei Attikageschossen wird in Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR auf Anhang A137 Abs. 3 GBR verwiesen. Gemäss dieser Bestimmung muss das Attikageschoss auf wenigstens zwei Seiten mindestens um das vorgeschriebene Mass gegenüber den Fassaden des darunterliegenden Vollgeschosses

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

⁴ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁵ Die Flächenangaben auf dem Plan Attikageschoss vom 3. November 2022 sind nicht korrekt, so wurde die Flächenangabe der südseitigen Terrasse nicht angepasst und diejenige des kleineren Zimmers ist offensichtlich zu hoch.

zurückversetzt werden und sich allseitig gestalterisch von diesem abheben. Der Anhang A137 stellt die in Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR beschriebenen Attikavarianten bildlich dar.

c) Der Beschwerdeführer bringt vor, dass das Gemeindebaureglement in Art. 212 Abs. 2 Bst. f Attikageschosse grundsätzlich in zwei Varianten zulasse. Einerseits mit einer Rückversetzung von 4 m bei zweiseitigem Anbau an die Fassade und andererseits mit einer Rückversetzung von 1.5 m bei allseitigem Abstand von den Fassaden. Diese Vorschrift sei nicht absolut zu verstehen, was sich darin zeige, dass das Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne die Zwischenlösung des Beschwerdeführers als baubewilligungsfähig erklärt habe. Zudem habe die Vorinstanz im Bauentscheid eingestanden, dass Ausnahmen vom geforderten Rücksprung toleriert werden könnten. Es handle sich somit bei Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR nicht um eine zwingende Norm. Gemäss Anhang 137 Abs. 3 des GBR müsse ein Attikageschoss auf wenigstens zwei Seiten um das vorgeschriebene Mass gegenüber den Fassaden des darunterliegenden Vollgeschosses zurückversetzt werden und sich allseitig gestalterisch von diesem abheben. Die vorliegende Bauausführung des Attikageschosses entspreche auf drei von vier Seiten dem Attikaplan und der Gesamtbaubewilligung vom 7. November 2019. Zudem hebe sich das Attikageschoss auch allseitig vom darunterliegenden Vollgeschoss ab. Daran vermöge auch die Platzierung des Lifts und des Treppenhauses in der nordöstlichen Ecke nichts zu ändern, insbesondere da keine Einsprachen wegen dem Schutz des Ortsbildes erhoben worden seien und diese mit dem Gesamtbauentscheid vom 7. November 2019 bewilligt worden sei. Das Bauvorhaben sei gemäss den Plänen des nachträglichen Baugesuchs mit der vom ursprünglichen Attikaplan abweichender Bauweise auf wenigstens zwei Seiten um das vorgeschriebene Mass gegenüber den Fassaden des darunterliegenden Vollgeschosses zurückversetzt. Die fehlende Rückversetzung auf der Ostseite würde mit einer zusätzlichen Rückversetzung auf der Westseite ausgeglichen. Die Attikavorschriften gemäss GBR seien damit eingehalten und auch gestalterisch sei gegen das Attikageschoss nichts einzuwenden.

Die Gemeinde führt im angefochtenen Entscheid aus, das Attikageschoss widerspreche Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR. Gemäss GBR können Attikageschosse in zwei Varianten ausgeführt werden; zum Ersten mit einer Rückversetzung von mind. 1.5 m bei einem allseitigen Abstand von der Fassade oder zum Zweiten mit einer Rückversetzung von mind. 4.0 m bei zweiseitigem Anbau an die Fassade. Beide Varianten würden im Anhang des GBR (Art. A137) bildlich klar dargestellt. In ihrer Vernehmlassung weist sie zudem darauf hin, dass das GBR keine Mischvariante gestatte.

d) Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinns und der dem Text zu Grunde liegenden Wertungen. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben.⁶ Bei der Auslegung von kommunalen Erlassen ist zu beachten, dass die Gemeinden in ihrer Ortsplanung im Rahmen der gesetzlichen Regelungen und der übergeordneten Planung autonom sind (Art. 65 Abs. 1 BauG). Bei der Anwendung ihrer eigenen Normen kommt ihnen deshalb ein Beurteilungsspielraum zu und die Rechtsmittelinstanzen auferlegen sich gegenüber der Auffassung der Gemeinde entsprechend eine gewisse Zurückhaltung. Es ist vorab Sache der Gemeinde, zu bestimmen, wie sie eine kommunale Vorschrift verstanden haben will. Wird die Anwendung einer solchen Bestimmung

⁶ statt vieler BGE 137 III 470 E. 6.4; BVR 2012 S. 20 E. 3.1

Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens, haben die Rechtsmittelinstanzen zu prüfen, ob die Auslegung durch die Gemeinde rechtlich haltbar ist.⁷

Gemäss Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR sind zwei Varianten der Realisierung eines Attikageschosses möglich, was sich insbesondere im Abgrenzungswort «oder» zeigt. Diese Bestimmung ist im Wortlaut klar und stimmt mit der bildlichen Darstellung im Anhang überein. Die Ergänzung von Anhang A137 Abs. 3 GBR, wonach das Attikageschoss auf wenigstens zwei Seiten mindestens um das vorgeschriebene Mass gegenüber den Fassaden des darunterliegenden Vollgeschosses zurückversetzt werden muss, steht dazu nicht im Widerspruch, ist jedoch nicht ganz präzise. Da auch hier auf Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR verwiesen und der Wortlaut durch die bildliche Darstellung im Sinne von Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR präzisiert wird, ändert dieser Zusatz nichts an der klaren Regelung von Art. 212 Abs. 2 Bst. f GBR. Das GBR besagt damit unmissverständlich, dass die Rückversetzung eines Attikageschosses bei zweiseitigem Anbau mind. 4.0 m oder bei allseitigem Abstand an die Fassade mind. 1.5 m zu betragen hat. Allfällige Ausgleichs- oder Zwischenlösungen sind nicht vorgesehen. Von diesem klaren Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben. Vorliegend sind keine solchen Gründe ersichtlich. Es liegt auch kein Anwendungsfall der offenbar langjährigen (und vorliegend nicht zu überprüfenden) Praxis der Gemeinde vor, wonach die Erschliessungsanlagen (Treppenhaus, Lift) als Ausnahme vom geforderten Rücksprung toleriert werden (vgl. dazu nachfolgend unter e), da der planwidrige Verzicht auf den Rücksprung auf der Ostseite zusätzlich erfolgte und nicht die Erschliessungsanlagen betrifft. Die Ausgestaltung der Attika entspricht daher nicht den Vorschriften des GBR. Die Vorschriften, wonach Attikageschosse nicht als Vollgeschosse zählen (Anhang A134 Abs. 1 GBR) bzw. nicht an die Gebäudehöhe angerechnet werden (Anhang A137 Abs. 4 GBR), sind damit nicht anwendbar. Das Gebäude hat damit vier statt drei Vollgeschosse und überschreitet die Gebäudehöhe von maximal 11 m um 2 m (vgl. Art. 212 GBR).

e) Der Beschwerdeführer beantragt die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für den Fall, dass die Attikavorschriften gemäss GBR nicht eingehalten sein sollten. Was die Erteilung einer Ausnahmegewilligung betreffe, so sei keine besondere Zurückhaltung geboten, da keine Bestimmungen, welche Sicherheit, Gesundheit oder Umwelt, Ausnahmen von Schutzbestimmungen, Ausnahmen von Vorschriften, die den Charakter einer Ortschaft prägen, Ausnahmen von Ausnutzungsziffern bzw. vom zulässigen Ausnutzungsgrad eines Grundstücks sowie Ausnahmen einer Überbauungsordnung betroffen seien. Es handle sich ferner um eine geringfügige Normabweichung, weswegen an den Ausnahmegrund keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürften. Es sei eine Ausnahmegewilligung zu erteilen, da die Liegenschaft bei einem nahtlosen Anbau der Attikawohnung an die Fassade auf der Ostseite besser vor negativen Wettereinwirkungen geschützt werde. Der ursprünglich geplante Rücksprung von 1.5 m auf der Ostseite würde bei Regenfällen und lästigem Südwind dazu führen, dass sich viel Wasser in der Ecke auf dem flachen Rücksprung vor der Ostfassade der Attikawohnung sammle und damit eine erhebliche Gefahr von Wasserschäden mit sich bringe, was zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Wohnqualität führen würde. Der Alpenföhn könne hierzulande mit einer Spitzengeschwindigkeit von bis zu 150 km/h auftreten. Das vorliegend umgesetzte Bauvorhaben trage diesem Umstand Rechnung und stelle damit einen zulässigen und genügenden Ausnahmegrund dar. Weiter diene die Anordnung des Attikageschosses vorwiegend dem Ortsbild. Es lägen aber keine öffentlichen Interessen in Bezug auf den Ortsbildschutz und die Ästhetik vor, insbesondere deshalb, weil das umgesetzte Bauvorhaben nur minim vom bewilligten Bauvorhaben abweiche und diese Themen im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens vom Regierungsstatthalteramt Biel/Bienne eingehend geprüft worden seien. Auch private Interessen

⁷ BVR 2007 S. 58 E. 4.3.

würden vorliegend keine ins Gewicht fallen, da die Nachbarn sowohl gegen das bewilligte Bauvorhaben wie auch das nachträgliche Baugesuch keine Einwände erhoben hätten. Nach Ansicht des Beschwerdeführers liegen insgesamt keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen an der Verweigerung einer Ausnahmegewilligung für die gemäss dem nachträglichen Baugesuch umgesetzte Attikawohnung vor.

In Bezug auf die Ausnahmegewilligung führte die Gemeinde in ihrem Bauentscheid vom 24. Februar 2023 aus, es lägen keine besonderen Gründe im Sinne von Art. 26 BauG vor. Auch wenn ein Teil der angrenzenden Nachbarn der Bauausführung der Attika zugestimmt haben, so spreche dies noch nicht für einen Ausnahmegrund. Der Ausnahmegrund einer konstruktiv einfacheren Lösung würde bei allen Attikageschossen vorliegen, so dass die Ausnahme bei jedem Attikageschoss erteilt werden müsste. Es handle sich ausserdem um einen Neubau, wo keine Zwänge für die Bauausführung aufgrund von äusseren Einflüssen vorliegen würden. Einzig die Erschliessungsanlagen würden als Ausnahme vom geforderten Rücksprung toleriert.

Laut Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Ausnahmen dürfen überdies keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzen, es sei denn, die Beeinträchtigung könne durch Entschädigung vollwertig ausgeglichen werden. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Eine Ausnahmegewilligung soll die gesetzliche Regelung, die im Interesse der Rechtssicherheit sowie der Rechtsgleichheit die tatsächlichen Verhältnisse generalisierend erfasst, einzelfallgerecht verfeinern. Ausnahmegründe beziehen sich deshalb auf den Zweck, den Umfang oder die Gestaltung eines Bauvorhabens, wenn diese in den geltenden Vorschriften nicht genügend berücksichtigt sind. Sie müssen mit den Besonderheiten des Baugrundstücks oder des Bauvorhabens zusammenhängen. Unter Umständen können aber auch Besonderheiten, die sich aus den subjektiven Verhältnissen der bauwilligen Personen ergeben, eine Ausnahme begründen. Rein finanzielle Interessen, der Wunsch nach einer Ideallösung oder intensives Ausnützungsstreben rechtfertigen aber keine Ausnahmegewilligung. Es geht vielmehr darum, ausgesprochene Unbilligkeiten und Unzweckmässigkeiten zu vermeiden, die die strikte Anwendung der Vorschrift für die Bauwilligen zur Folge hätte. Bei der Beurteilung, ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, ist das Interesse des Bauherrn an der Ausnahme, die Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und die Art sowie das Mass der verlangten Abweichung zu berücksichtigen.⁸

Mit dem Verzicht auf den Rücksprung von rund 8.5 m² vergrösserte der Beschwerdeführer das Volumen und die Wohnfläche und wich massgebend von den bewilligten Plänen ab. Zudem hat das Gebäude nun vier statt drei Vollgeschosse und überschreitet die Gebäudehöhe von maximal 11 m um 2 m (vgl. E. 2d). Er verwirklichte damit eine Ideallösung. Der Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung des Grundstücks oder einfach besserer Lösung stellt keinen Ausnahmegrund dar. Spezielle, vom Normfall abweichende Umstände, welche eine Ausnahme begründen könnten, bestehen vorliegend nicht. Solche lassen sich auch nicht durch begründen, dass das Bauvorhaben allenfalls keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzt, wie dies der Beschwerdeführer vorbringt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann bei einer Erweiterung der Ostfassade des Attikageschosses auf die Fassadenlinie des darunterliegenden Vollgeschosses auch nicht von einer geringfügigen Normabweichung gesprochen werden. Ohnehin stellt die Geringfügigkeit einer Normabweichung für sich allein keinen Ausnahmegrund dar, sondern kann höchstens dazu führen, dass bei weniger wichtigen Vorschriften an den Ausnahmegrund keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Der vom Beschwerdeführer geschilderten Problematik, wonach die Erweiterung des Attikageschosses vor negativen Wettereinwirkungen schützt und der Sicherung der Wohnqualität dient, hätte der

⁸ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 26-27 N. 4

Beschwerdeführer bei einem Neubau anders begegnen können, gegebenenfalls mit einer Reduktion der Fläche. Ein Grund für eine Ausnahmegewilligung besteht daher nicht. Weitere Erwägungen zu den betroffenen privaten und öffentlichen Interessen erübrigen sich damit.

3. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Mit dem Bauabschlag ist das Verfahren noch nicht beendet. Da der nicht bewilligungsfähige Zustand bereits besteht, muss als nächstes über die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes entschieden werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG).⁹ Die Wiederherstellung darf das bundesrechtliche Prinzip der Verhältnismässigkeit nicht verletzen. Die Anordnung darf deshalb nicht weiter gehen, als zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes notwendig, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung des Pflichtigen muss durch ein genügendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.¹⁰ 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.¹¹ 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.¹²

b) Der Beschwerdeführer rügt, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sei unverhältnismässig und durch kein ausreichendes öffentliches Interesse gedeckt. Er bringt vor, dass unter der Annahme, dass eine Baurechtsverletzung vorläge, die Abweichung so minimal wäre, dass sich eine Wiederherstellung nicht rechtfertigen würde. Die Wiederherstellung wäre zudem auch nicht zumutbar. Die Bauarbeiten infolge der Wiederherstellung würden sich über mehrere Monate hinziehen und hätten für den Beschwerdeführer hohe Kosten im Umfang von ca. CHF 100 000.- zur Folge. Er weist zudem auf die Unannehmlichkeiten der Bauarbeiten (Staub, Lärm und Erschütterungen) hin. Für den Rückbau der Aussenwand im Attikageschoss müsse das gesamte Wohnhaus mit Baugerüsten ummantelt werden, was sämtliche Bewohner unter anderem beim Lüften ihrer Wohnung einschränken würde und den Lichteinfall störe. Infolge der Bauarbeiten wären die Bewohner des Attikageschosses zu einem dauerhaften und die Bewohner des darunterliegenden Vollgeschosses zumindest zu einem temporären Auszug gezwungen, was insbesondere für Erstere (Familie mit Kleinkind) nicht zumutbar wäre. Ortsbildtechnische und nachbarrechtliche Ziele würden vor dem Hintergrund des Vorliegens einer rechtskräftigen Baubewilligung dahinfallen. Die gewichtigen privaten Interessen des Beschwerdeführers und der Mieterschaft am Erhalt des vollendeten Bauwerks würden die nicht existierenden öffentlichen und nachbarrechtlichen Interessen überwiegen. In seiner Replik vom 21. Juni 2023 weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass die Strafverfolgungsbehörden das Strafverfahren bis zum Erlass eines rechtskräftigen Bauentscheids sistiert hätten und er noch nie wegen der Erstellung einer baurechtswidrigen Baute verurteilt worden sei. Der Mietzins der Attika sei nicht illegal, da diese Wohnung bewilligt worden sei und der Beschwerdeführer unabhängig vom Ausgang des Verfahrens einen Mietzins in der aktuellen Höhe generieren könne.

⁹ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 17

¹⁰ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

¹¹ BGE 132 II 21 E. 6

¹² BVR 2006 S. 444 E. 6.1

Die Gemeinde bestreitet in ihrer Vernehmlassung vom 1. Mai 2023 die Unverhältnismässigkeit eines Rückbaus auch wenn die Wohnung bereits an eine Familie vermietet sei. Der Bauherr habe schon zum wiederholten Male illegal gebaut und dadurch sicher Kenntnis gehabt, dass er die Attika entgegen den Bauvorschriften ausführe. Ausserdem hätte er sich vor der Bauausführung auf der Bauverwaltung nach der Projektänderung erkundigen können. Es gehe auch darum, einen Präzedenzfall zu verhindern. Ausserdem ergebe sich in diesem Fall ein Mehrwert (zusätzlicher Mietzins) durch eine illegal gebaute Wohnung.

c) Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt.¹³ Der Beschwerdeführer macht keine solchen Umstände geltend und es sind auch keine ersichtlich. Vielmehr änderte der Beschwerdeführer das Projekt massgeblich und missachtete damit die Baubewilligung offensichtlich. Er verzichtete auf den Rücksprung, obwohl er wissen musste, dass er dazu nicht berechtigt war. Dies gilt umso mehr, als er sich durch einen Architekten, dessen Wissen er sich anrechnen lassen muss,¹⁴ beraten lässt. Der Beschwerdeführer gilt daher nicht als gutgläubig im baurechtlichen Sinn. Der Vorwurf des «bösen Glaubens» wiegt vorliegend aufgrund der offensichtlichen Missachtung der Baubewilligung schwer.¹⁵ Allfällige frühere Verfehlungen sind im vorliegenden Verfahren nicht entscheidend.

d) Bei bösem Glauben (im baurechtlichen Sinn) der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder sonst wie unverhältnismässig wäre.¹⁶

Die bewilligten Pläne sehen an der Ostfassade einen Rücksprung mit den Massen 5.62 m x 1.5 m und einer Fläche von rund 8.5 m² vor. Indem der Beschwerdeführer diesen Rücksprung nicht umsetzte, vergrösserte er das Volumen des Gebäudes und die Wohnfläche und wich massgebend von den bewilligten Plänen ab. Da der Rücksprung fehlt, gilt das oberste Geschoss als Vollgeschoss. Das Gebäude hat damit vier statt drei Vollgeschosse und überschreitet die Gebäudehöhe von maximal 11 m um 2 m (vgl. dazu auch E. 2d). Die Regeln der Baumasse sind wichtige Bestimmungen. Es besteht daher ein grosses Interesse an der Einhaltung der Geschosshöhe und der Gebäudehöhe. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist zudem im Allgemeinen gegeben, da das Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und an der konsequenten Verhinderung von Bauten, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, generell gross ist. Ausnahmsweise kann das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung im konkreten Fall fehlen, wenn das angestrebte Ziel gar nicht zu erreichen ist, der rechtswidrige Zustand besser oder jedenfalls nicht schlechter ist als es der rechtmässige wäre oder die Wiederherstellung ein Gebiet stärker belasten würde als das Belassen des widerrechtlichen Zustandes. Solche Umstände liegen nicht vor. Es gilt zudem zu verhindern, dass illegal Bauende bessergestellt werden als Bauwillige, die gesetzeskonform vorgängig ein Baugesuch bzw. eine Projektänderung stellen. Auch präjudizielle Gründe sprechen für eine vollständige Wiederherstellung.¹⁷ Bei Bösgläubigkeit gewinnen diese Grundsätze zusätzlich an Bedeutung.¹⁸ Das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung ist damit gross und die Abweichung vom Erlaubten bedeutend. Der Rückbau des Attikageschosses auf das bewilligte

¹³ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. aa

¹⁴ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. b; BGE 132 II 21 E. 6.2.2, S. 38

¹⁵ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. e

¹⁶ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. e

¹⁷ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9a

¹⁸ BVR 2001 S. 212

Mass ist geeignet, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist dieser Rückbau auch notwendig; es ist kein milderes Mittel für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erkennbar. Aufgrund des fehlenden guten Glaubens sind die hohen Kosten und die mit dem Rückbau verbundenen Unannehmlichkeiten nicht entscheidend.¹⁹ Dies gilt umso mehr, als die Attikawohnung zurzeit nicht bewohnt ist.²⁰ Der Rückbau ist damit auch zumutbar. Das öffentliche Interesse an der vollständigen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands überwiegt die Nachteile, die dem Beschwerdeführer durch die Wiederherstellung entstehen, zumal diese angesichts des fehlenden guten Glaubens nicht oder nur in verringertem Mass zu berücksichtigen sind. Damit erweist sich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands als verhältnismässig und ist zu bestätigen.

e) Die von der Gemeinde angesetzte Frist ist beinahe abgelaufen, es ist daher angebracht, die Frist aufgrund des Beschwerdeverfahrens neu anzusetzen. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt des Entscheids rund sechs Monate Zeit eingeräumt, um den angeordneten Rückbau vorzunehmen. Diese Frist erachtet die BVD als angemessen. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hat neu bis am 29. Februar 2024 zu erfolgen.

4. Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden 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).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1500.- (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²¹).

b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauabschlag und die Wiederherstellungsverfügung vom 24. Februar 2023 der Gemeinde Orpund wird bestätigt.

Die Frist zur Wiederherstellung gemäss Ziffer 5.2 des Entscheids vom 24. Februar 2023 wird neu angesetzt auf den 29. Februar 2024.

2. Die Verfahrenskosten von CHF 1500.- werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁹ Zaugg/Ludwig Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Band I, Bern 2020, Art. 46 N. 9c Bst. c

²⁰ Vgl. Verfügung des Rechtsamts vom 3. August 2023 sowie Schreiben von Herrn A. _____ vom 15. August 2023

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

IV. Eröffnung

- D. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Orpund, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

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