

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2018/75

Bern, 17. September 2019

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt B._____

und



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

vertreten durch Herrn Fürsprecher D._____

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Herzogenbuchsee vom
22. Oktober 2018 (Baugesuch Nr. 2016-075; Vergrösserung Balkone)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der benachbarten Parzellen Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nrn. E._____. Auf den Grundstücken befinden sich die Wohnhäuser F._____gasse Nr. 16 (Parzelle Nr. C._____) und F._____gasse Nr. 18 (Parzelle Nr. K._____). Die Parzellen grenzen u.a. an die Grundstücke Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nrn. G._____ bzw. I._____ an, die sich beide im Eigentum der Gemeinde Herzogenbuchsee befinden.

2. Für die bestehenden Wohnhäuser reichte der Beschwerdeführer am 18. November 2016 ein Baugesuch ein für folgendes Vorhaben: «Fassadensanierung mit allseitig

vergrösserten Balkonen mit 4 neuen Quergiebeleinbauten in den Dächern. Neue Kellerräume und neuer Regenwassertank (250'000 Liter Volumen).»

3. Der nordwestliche Balkon des Gebäudes F._____gasse Nr. 16 unterschritt gemäss den ursprünglich eingereichten Baugesuchsplänen den reglementarischen Abstand zur benachbarten Gemeindeparzelle. Der Beschwerdeführer ersuchte daher um eine Ausnahmegewilligung. Mit Schreiben vom 3. April 2017 teilte die Gemeinde dem Beschwerdeführer mit, die Ausnahmegewilligung könne nicht in Aussicht gestellt werden. Der Beschwerdeführer reichte daraufhin überarbeitete Pläne ein, wonach der betroffene Balkon den Abstand einhielt. Die Vorinstanz erteilte dem Vorhaben daraufhin am 20. April 2017 die Baubewilligung.

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

5. Mit Schreiben vom 24. April 2018 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, im Rahmen der baupolizeilichen Abklärungen hätten Vermessungsarbeiten stattgefunden. Dabei habe die Gemeinde u.a. festgestellt, dass die mittlerweile ausgeführten Balkone teilweise den Minimalabstand zu den Gemeindeparzellen unterschreiten würden. Die Auskragungen müssten daher zurückgenommen werden oder es sei ein Näherbaurecht mit der Gemeinde Herzogenbuchsee als Eigentümerin der Nachbargrundstücke zu vereinbaren.

6. Mit Schreiben vom 2. August 2018 reichte der Beschwerdeführer bei der Gemeinde einen Entwurf eines Dienstbarkeitsvertrags für die Begründung eines Grenz- und Näherbaurechts ein. Mit Schreiben vom 30. August 2018 teilte die Gemeinde mit, der

Gemeinderat habe beschlossen, dem Grenz- und Näherbaurecht für die bereits bestehenden Balkone nicht zuzustimmen.

7. Am 22. Oktober 2018 erliess die Vorinstanz eine Wiederherstellungsverfügung. Darin führte sie aus, beim Gebäude F. _____ gasse Nr. 18 würde der Balkon West 60 mm, der Balkon Nord 160 mm und der Balkon Ost 100 mm in den Minimalabstand hineinragen. Die entsprechenden Balkonplatten seien daher zurückzubauen. Die Abstände der Balkone des Gebäudes F. _____ gasse Nr. 16 würden den Abstand zwar ebenfalls unterschreiten. Diese befänden sich jedoch innerhalb der Masstoleranzen und müssten nicht zurückgebaut werden.

8. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 19. November 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt die Aufhebung der Wiederherstellungsverfügung vom 22. Oktober 2018. Zur Begründung macht er geltend, die Balkone würden die im Gemeindebaureglement festgehaltenen Grenzabstände nicht verletzen. Für eine allfällige Wiederherstellung fehle es zudem an einem öffentlichen Interesse und an der Verhältnismässigkeit. Zudem habe er gutgläubig gehandelt.

9. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Vorinstanz 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 und Schlussbemerkungen einzureichen.

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) Baupolizeiliche Verfügungen können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 49 Abs. 1 BauG²). Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Entscheid zuständig.

b) Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Wiederherstellungsverfügung und Alleineigentümer der betroffenen Parzelle zur Beschwerde befugt (Art. 65 Abs. 1 VRPG³). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde wird eingetreten.

2. Rechtswidrigkeit der Balkone

a) Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung vom 22. Oktober 2018 fest, die Balkone der Liegenschaften F._____gasse Nrn. 16 und 18 seien abweichend von der Bewilligung ausgeführt worden. Sie würden den Abstand von 3 m zu den Parzellen Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nrn. H._____ unterschreiten. Der betroffene Balkon des Gebäudes F._____gasse Nr. 16 befinde sich innerhalb der von den SIA-Normen vorgesehenen Masstoleranzen von +/- 20 mm. Die Balkone des Gebäudes F._____gasse Nr. 18 würden jedoch die Toleranzen überschreiten und um 160 mm (Balkon Nord), 60 mm (Balkon West) und 100 mm (Balkon Ost) in den Abstand hineinragen.

b) Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde vom 19. November 2018 geltend, die Balkone seien als vorspringende, offene Bauteile zu qualifizieren und würden die Abstandsvorschriften einhalten.

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

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

c) Unter dem Titel «Bauabstände gegenüber nachbarlichem Grund» enthält Art. 33 des Baureglements der Gemeinde Herzogenbuchsee⁴ folgende Abstandsregelungen:

«¹ [...]

² Der kleine Grenzabstand gilt für die Schmalseiten und die beschattete Längsseite des Gebäudes.

³ Der grosse Grenzabstand gilt für die besonnte Längsseite des Gebäudes. Er kann bei gestaffelten Gebäuden ausgemittelt werden. Kann die besonnte Längsseite nicht eindeutig ermittelt werden, bestimmt die Baupolizeibehörde die Anordnung des grossen Grenzabstandes auf Antrag des Baugesuchstellers. Dabei ist mindestens der kleine Grenzabstand einzuhalten.

⁴ Vorspringende, offene Bauteile wie Vordächer und Treppen dürfen max. 3.00 m, Laubengänge und Balkone max. 2.00 m in den Gebäude- resp. Grenzabstand hineinragen, müssen aber mindestens einen Abstand von 1.80 m zur Grenze einhalten.

⁵ [...]»

d) Die Wohnhäuser mit den betroffenen Balkonen befinden sich in der Wohnzone W3. In dieser Zone beträgt der kleine Grenzabstand 5 m und der grosse Grenzabstand 10 m (Art. 2 Abs. 1 GBR). Es ist unbestritten, dass im Bereich der betroffenen Balkone der kleine Grenzabstand von 5 m zur Anwendung gelangt. Die Gemeinde geht daher unter Berücksichtigung von Art. 33 Abs. 4 GBR richtigerweise davon aus, dass Balkone 2 m in den Grenzabstand von 5 m hineinragen dürfen und die betroffenen Balkone demnach einen Abstand von 3 m zu den angrenzenden Gemeindeparzellen aufweisen müssen. Art. 33 Abs. 4 GBR differenziert für die Abstände explizit zwischen vorspringenden, offenen Bauteilen und Balkonen. Die Ansicht des Beschwerdeführers, wonach es sich bei den Balkonauskragungen um vorspringende, offene Bauteile handle, die 3 m in den Grenzabstand hineinragen dürften, widerspricht damit dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung.

e) Beim Messen, bei der Herstellung und der Montage von Bauteilen und Bauwerken ist nicht zu vermeiden, dass Ungenauigkeiten entstehen. Es ist deshalb erforderlich, Bereiche zu definieren, innerhalb deren bei der Ausführung Massabweichungen als vertretbar erachtet werden. Den einschlägigen Normen der Fachverbände kommt dabei, obwohl sie keine unmittelbare Gesetzeskraft besitzen, grosse Bedeutung zu. Relevant in diesem

⁴ Baureglement der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 7. September 2015 (GBR)

Zusammenhang sind unter anderem die Normen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA).⁵ Die Masstoleranzen sind in den SIA-Normen 414/1 und 414/2 geregelt. Der Tabelle unter Ziff. 3.2.1. der SIA-Norm 414/2 lassen sich die Masstoleranzen für Grenzabweichungen entnehmen. Abweichungen innerhalb dieser Toleranzen erachtet die Rechtsprechung als baurechtskonform.⁶ Auch die Gemeinde stützt sich bei ihrer autonomen Rechtsanwendung des kommunalen Baureglements auf diese Normen. Das Gebäude F. _____gasse Nr. 18 ist rund 17 m lang und 16 m breit. Für diese Nennmasse sieht die Tabelle in Ziff. 3.2.1. der SIA-Norm 414/2 Massabweichungen von +/- 20 mm vor.

f) Auf den bewilligten Plänen waren die betroffenen Balkone 3 m von den Gemeindeparzellen entfernt und damit baureglementskonform eingezeichnet. Messungen der Gemeinde nach der Bauausführung haben jedoch ergeben, dass die Balkonauskragungen teilweise näher als 3 m an die Parzellengrenzen gebaut worden sind. Namentlich beim Gebäude F. _____gasse Nr. 18 liegen gemäss den Angaben der Gemeinde der Balkon Ost 2.90 m, der Balkon West 2.94 m und der Balkon Nord 2.84 m von den Grundstücksgrenzen entfernt. Die Unterschreitungen betreffen jeweils ausschliesslich die äusseren Ecken der Balkone. Im Übrigen halten die nicht parallel zur Parzellengrenze verlaufenden Balkone den Abstand von 3 m ein. Anlässlich des Augenscheins vom 28. März 2019 bestritt der Beschwerdeführer, dass der Balkon Ost den Abstand um 10 cm unterschreiten würde. Richtig sei eine Unterschreitung um 1 cm.⁷ Die Abstände der Balkone Nord und West sind dagegen unbestritten.⁸ Indem die Balkone Nord und West also um 160 mm und 60 mm von den Plänen abweichen, wurden sie nicht wie bewilligt und in Überschreitung der zulässigen Masstoleranzen erstellt. Weil auch kein Näherbaurecht der Gemeinde für die damit verbundene Abstandsunterschreitung vorliegt, sind die Balkone Nord und West in der ausgeführten Form weder bewilligt noch bewilligungsfähig. Beim Balkon Ost ist umstritten, ob sich die Auskragung innerhalb der Masstoleranzen befindet. Mit Blick auf den Verfahrensausgang kann diese Frage allerdings offen bleiben (vgl. die nachfolgende E. 3).

⁵ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 21 N. 7

⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_407/2010 vom 21. Februar 2011 E. 3.3 ; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2011/106 vom 20. März 2012 E. 5.6

⁷ Protokoll des Augenscheins vom 28. März 2019, S. 8 und 9

⁸ Protokoll des Augenscheins vom 28. März 2019, S. 8

3. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

a) Die betroffenen Balkone entsprechen nicht der Baubewilligung vom 20. April 2017. Die zuständige Baupolizeibehörde hatte daher darüber zu befinden, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (vgl. Art. 46 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. e BauG). Die Vorinstanz ordnete in der angefochtenen Wiederherstellungsverfügung an, die Balkonplatten seien so weit zurückzubauen, bis diese nicht mehr in den «Grenzabstand» ragen würden. Gemäss der Begründung der Verfügung beinhaltet dies den Rückbau des Balkons West um 60 mm, des Balkons Nord um 160 mm und des Balkons Ost um 100 mm bis zu einer Toleranz von 20 mm. Der Verzicht auf die Wiederherstellung hätte gemäss den Ausführungen der Vorinstanz präjudizierende Auswirkungen. Es bestehe somit ein zwingendes öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Weil die Masstoleranzen überschritten würden, sei die Wiederherstellung auch verhältnismässig.

b) Der Beschwerdeführer macht insbesondere geltend, die Wiederherstellung liege nicht im öffentlichen Interesse und sei unverhältnismässig. Die Unterschreitung des Grenzabstands sei minimal, optisch nicht erkennbar und führe auch zu keiner Belastung der Nachbarparzelle. Zudem werde der Grenzabstand nur bei den jeweiligen Eckpfeilern der Balkonaustragungen unterschritten und bestehe nicht über eine längere Distanz. Es fehle auch an einem öffentlichen Interesse am Rückbau. Selbst die Gemeinde Herzogenbuchsee gestehe ein, dass ihr als direkte Parzellennachbarin bisher keine Nachteile widerfahren seien. Eine präjudizierende Wirkung sei ebenfalls nicht zu befürchten. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, er habe gutgläubig gehandelt und sogar eine Projektänderung eingereicht. Der Rückbau würde zudem in erster Linie die Balkonpfeiler betreffen, die aufgrund ihrer statischen Funktion nicht einfach zurückgeschliffen werden könnten. Die Kosten würden sich daher auf rund Fr. 36'000.-- belaufen. Abgeschrägte Balkone seien schliesslich auch ästhetisch nicht vertretbar.

c) Die Anordnung der Wiederherstellung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen (Art. 47 Abs. 6 BewD⁹). Bei geringfügigen Abweichungen und wenn die Bauherrschaft im baurechtlichen

⁹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

Sinn gutgläubig handelte, kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private Interessen diese gebieten. Bei bösem Glauben der Bauherrschaft kann auf die Wiederherstellung nur verzichtet werden, wenn die Abweichung vom Erlaubten unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt oder unverhältnismässig wäre.¹⁰ Eine Wiederherstellungsanordnung ist dann verhältnismässig, wenn sie geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Die Anordnung darf nicht weiter gehen als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands notwendig, und die mit der Wiederherstellung verbundene Belastung der bzw. des Pflichtigen muss durch ein genügendes, konkretes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.¹¹ Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung ist 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 dieses Interesse im konkreten Fall jedoch fehlen, z.B. wenn das angestrebte Ziel gar nicht zu erreichen ist oder der rechtswidrige Zustand besser oder jedenfalls nicht schlechter ist als der rechtmässige es wäre oder die Wiederherstellung ein Gebiet stärker belasten würde als das Belassen des widerrechtlichen Zustands. In solchen Fällen wäre eine Wiederherstellung nur zum Zweck der Durchsetzung der Rechtsordnung unverhältnismässig.¹²

d) Abstandsvorschriften dienen primär dem Schutz vor Einflüssen von Bauten und Anlagen auf Nachbargrundstücke (Beeinträchtigung von Belichtung, Besonnung, Belüftung und Aussicht; Schattenwurf; Einsicht usw.). Darüber hinaus verfolgen sie öffentliche Interessen, namentlich der Feuerpolizei, Wohn- und Arbeitshygiene, Siedlungsgestaltung und Ästhetik. Grenzabstandsvorschriften sichern auch die rechtsgleiche Behandlung benachbarter Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer, indem der Gebäudeabstand gleichmässig aufgeteilt und nicht der oder die zuerst Bauende bevorzugt wird.¹³

e) Vor der Bauausführung liess der Beschwerdeführer ein Schnurgerüst aufstellen. Das Schnurgerüst bildete auch die Balkone ab und wurde korrekt 3 m von den Parzellengrenzen entfernt aufgestellt. Dass sich einige Balkonecken der Wohnhäuser nun

¹⁰ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N 9 ff. mit Hinweisen

¹¹ BVR 2002 S. 8 E. 2 und 4e; BVR 1990 S. 408 E. 5; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. a; vgl. zur Verhältnismässigkeit allgemein statt vieler BGE 136 I 87 E. 3.2; BVR 2011 S. 433 E. 4.3, 2008 S. 360 E. 4.4

¹² Zum Ganzen Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 ff.; VGE 2012/230 vom 30.5.2013, E. 4.2; VGE 2014/197 E. 3.1; BGE 132 II 21 E. 6.4

¹³ Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band II, Bern 2017, Art. 70 N 13

dennoch näher als 3 m an der Parzellengrenze befinden, ist gemäss den Erkenntnissen des Augenscheins vom 28. März 2019 auf einen Ausführungsfehler während der Bauphase zurückzuführen.¹⁴ Zwar ist der Ausführungsfehler dennoch dem Beschwerdeführer als Bauherrn anzulasten. Der Beschwerdeführer war jedoch darum bemüht, die Abstände einzuhalten und reichte, wie dargelegt, im ursprünglichen Baubewilligungsverfahren angepasste Pläne ein. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Beschwerdeführer eine derart geringfügige Unterschreitung des Bauabstands einen Vorteil einbringen sollte. Dem Beschwerdeführer kann daher nicht unterstellt werden, er habe die Balkone bewusst abweichend von der Bewilligung erstellen lassen. Somit liegt nur geringfügige Bösgläubigkeit im baurechtlichen Sinn vor.

f) Anders als die Vorinstanz ausführt, zieht die blossе Überschreitung der Masttoleranzen nicht automatisch die Wiederherstellung der Balkone nach sich. Die Überschreitung begründet vorliegend die Rechtswidrigkeit der Balkone. Aus der Rechtswidrigkeit darf aber nicht ohne weiteres auf die Verhältnismässigkeit der Wiederherstellung geschlossen werden. Im Rahmen der Wiederherstellung muss eine eigenständige Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen werden:

Zum heutigen Zeitpunkt befinden sich auf den angrenzenden Gemeindeparzellen keine Bauten in der Nähe der Wohnhäuser des Beschwerdeführers. Die Gemeindeparzelle Herzogenbuchsee Grundbuchblatt Nr. I. _____ eignet sich zudem aufgrund ihrer Form nicht als Bauparzelle für ein Gebäude. Die Gemeinde macht in der Stellungnahme vom 20. Dezember 2018 geltend, die fehlerhafte Bauausführung dürfe sich nicht nachträglich zu Lasten des nachbarlichen Grundes auswirken. Worin dieser Nachteil bestehen soll, führt die Gemeinde nicht weiter aus. Soweit sie davon ausgeht, künftige Gebäude um das Mass der Unterschreitung rückversetzt errichten zu müssen, um den Gebäudeabstand einzuhalten, ist diese Befürchtung unbegründet: Beim vorliegend massgebenden Abstand gemäss Art. 33 Abs. 4 GBR handelt es sich entgegen der verwendeten Terminologie der Gemeinde nicht um einen «Grenzabstand». Dies geht bereits aus der Marginale von Art. 33 GBR hervor, der nicht von Grenz- oder Gebäudeabständen, sondern von Bauabständen spricht (vgl. E. 2.c). Auch aus dem Wortlaut von Art. 33 Abs. 4 GBR, wonach Balkone «max. 2.00 m in den Gebäude- resp. Grenzabstand hineinragen» dürfen, lässt sich ableiten, dass es sich gerade nicht um einen Gebäude- oder Grenzabstand, sondern um

¹⁴ Protokoll des Augenscheins vom 28. März 2019, S. 9 und 10

einen anderen Bauabstand handelt. Der Gebäudeabstand ist explizit in Art. 35 Abs. 1 GBR geregelt und entspricht der Summe der dazwischen liegenden Grenzabstände. In der vorliegenden Wohnzone W3 beträgt der kleine Grenzabstand 5 m und der grosse Grenzabstand 10 m (Art. 2 Abs. 1 GBR). Der Grenzabstand wird grundsätzlich von der Fassade des Hauses und nicht von der Vorderkante der Balkone gemessen. Dies trifft auch vorliegend zu, verlangt die Gemeinde betreffend die Balkone doch bloss die Beachtung des Bauabstands von 3 m und nicht die Einhaltung des gesamten kleinen Grenzabstands von 5 m. Der Abstand für Balkone gemäss Art. 33 Abs. 4 GBR hat damit keinen Einfluss auf den Gebäudeabstand, der sich aus der Summe der beiden von der Fassade gemessenen Grenzabstände zusammensetzt. Künftige Bauten auf den Parzellen der Gemeinde müssen also nicht rückversetzt werden, weil die Balkonecken den Abstand gemäss Art. 33 Abs. 4 GBR teilweise unterschreiten. Die Schutzfunktion der Abstandsvorschriften wird aufgrund der bloss punktuellen und geringfügigen Unterschreitung ebenfalls nicht beeinträchtigt. Weitere potentielle Nachteile für die Nachbargrundstücke sind nicht ersichtlich und werden von der Gemeinde auch nicht vorgebracht. Damit fehlt es an einem konkreten öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung. Der Beschwerdeführer wich zudem nicht wissentlich und willentlich von der Baubewilligung ab. Auf die Wiederherstellung ist daher zu verzichten. Eine Präjudizwirkung droht nicht, da der vorliegende Verzicht auf die Wiederherstellung aus den konkreten Umständen des Einzelfalls resultiert. Die Wiederherstellungsverfügung vom 22. Oktober 2018 ist daher aufzuheben.

4. 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 GebV¹⁵). 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

¹⁵ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

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.--.

Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt; Vorinstanzen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG). Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens gilt die Gemeinde als unterliegend. Sie ist jedoch nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Daher trägt der Kanton die Verfahrenskosten.

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 PKV¹⁶ 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 KAG¹⁷). 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. 305.70). Da keine Gegenpartei im Verfahren ist, hat die Gemeinde als Vorinstanz die

¹⁶ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

¹⁷ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

Parteikosten des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 4'275.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuern) zu übernehmen.¹⁸

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Gemeinde Herzogenbuchsee vom 22. Oktober 2018 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Gemeinde Herzogenbuchsee hat dem Beschwerdeführer Parteikosten im Betrag von Fr. 4'275.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B._____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher D._____, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

¹⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 108 N. 13

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.