

# **BE\_BVD 110 2020 118 vom 1. Dezember 2020**

Be Bvd, 2020-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_bvd\\_110\\_2020\\_118](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_110_2020_118)

FR: BE\_BVD 110 2020 118 du 1 décembre 2020

IT: BE\_BVD 110 2020 118 del 1 dicembre 2020

## **Regeste**

Sonnenkollektoren; Balkonverglasung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Sachurteilsvoraussetzungen a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG10. Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG11 innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

### **E. 3**

Vgl. Vorakten Nr. 2020-0043, S. 18, Ziff. IV./2. des Gesamtbauentscheids der Stadt Thun vom 12. Juni 2020.

### **E. 4**

Vgl. Vorakten Nr. 2020-0043, S. 17, Ziff. IV./1.1 des Gesamtbauentscheids der Stadt Thun vom 12. Juni 2020.

### **E. 5**

Vgl. Vorakten Nr. 2020-0043, S. 17 f., Ziff. IV./1.2 des Gesamtbauentscheids der Stadt Thun vom 12. Juni 2020.

### **E. 6**

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).

### **E. 7**

Vorakten Nr. 2020-0043.

### **E. 8**

Vorliegend insbesondere relevant sind die Baudossier Nrn. 2002-0383, 2018-0382 und 2019-0666.

### **E. 9**

Baudossier Nr. 2002-0383.

### **E. 10**

Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

#### **E. 11**

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

BVD 110/2020/118 3/13 b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer, dessen nachträgliches Baugesuch teilweise abgewiesen wurde, ist durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten. 2. Streitgegenstand a) Anfechtungsobjekt ist die Verfügung der Vorinstanz. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, kann aber auch nicht über dieses hinausgehen. Innerhalb dieses Rahmens bestimmen die Parteien den Streitgegenstand. Sowohl für das Einleiten eines Beschwerdeverfahrens als auch für dessen Umfang und eine allfällige vorzeitige Beendigung gelten somit die Verfügungs- oder Dispositionsmaximen sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.<sup>12</sup> b) Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Beschwerde die nachträgliche Bewilligung der bereits erstellten südseitigen Sonnenkollektoren und der Balkonverglasung sowie eine Reduktion der vorinstanzlichen Verfahrenskosten. Sinngemäss beantragt er damit zudem die Aufhebung der diesbezüglichen Wiederherstellungsmassnahmen. Bezüglich der südseitigen Balkonüberdachung<sup>13</sup> und des südseitigen Glasgeländers<sup>14</sup> hat er weder Ausführungen gemacht noch Anträge gestellt. Auch zu den weiteren Wiederherstellungsmassnahmen hat er sich nicht geäussert.<sup>15</sup> Insofern schränkt der Beschwerdeführer den Verfahrensgegenstand ein, weshalb vorliegend nur die Bewilligungsfähigkeit der südseitigen Sonnenkollektoren und der Balkonverglasung sowie eine allfällige Wiederherstellung wie auch die Verfahrenskosten zu beurteilen sind. 3. Bewilligung der Balkonverglasung mit Baubewilligung 2012? a) Der Beschwerdeführer führt in seiner Beschwerde aus, die Liegenschaft sei seit 1950 mehrmals umgebaut worden. Das letzte Mal 2011/2012, als ihn der damalige Bauinspektor A. \_\_\_\_\_ mit Rat und Tat begleitete. Er bringt weiter vor, die Balkonverglasung sei im Jahr 2012 bewilligt worden. Er wehre sich dagegen, dass im Bauinspektorat keine Baubewilligung vorliege. Weiter suggeriert er, das eingereichte Baugesuch mit sämtlichen Unterlagen sei beim Bauinspektorat verloren gegangen. In ihrer Vernehmlassung bestreitet die Stadt Thun die Existenz einer Baubewilligung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit. Der Beschwerdeführer habe dies weder mit bewilligten Plänen noch mit Schriftlichkeiten belegen können. Da ein baupolizeiliches Verfahren einen enormen Arbeitsaufwand für alle Beteiligten bedeute, habe das Bauinspektorat alles Interesse daran, selbst Beweise für eine Baubewilligung zu finden, um ein Verfahren zu vermeiden. Selbst

#### **E. 12**

Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 72 N. 6 bis 8.

#### **E. 13**

Vorakten Nr. 2020-0043, S. 17, Ziff. IV./1.1 Lemma 1 und Ziff. IV./1.2 Lemma 1 des Gesamtentscheids der Stadt Thun vom 12. Juni 2020.

#### **E. 14**

Vorakten Nr. 2020-0043, S. 17, Ziff. IV./1.1 Lemma 2 und Ziff. IV./1.2 Lemma 2 des Gesamtentscheids der Stadt Thun vom 12. Juni 2020.

### **E. 15**

Vorakten Nr. 2020-0043, S. 17 f., Ziff. IV./1.2 Lemma 5, 6 und 7 des Gesamtentscheids der Stadt Thun vom 12. Juni 2020.

BVD 110/2020/118 4/13 die intensive manuelle sowie automatische Suche nach digitalen Akten, welche die Behauptungen des Beschwerdeführers stützen, seien erfolglos geblieben. b) Grundsätzlich gilt, dass Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, nicht bewilligt worden sind. Die Beweislast, dass eine Baubewilligung vorliegt, liegt somit bei der Bauherrschaft (vgl. Art. 8 ZGB16).17 c) Der Beschwerdeführer bringt zu Recht nicht vor, dass die Balkonverkleidung bereits 2002 bewilligt wurde. Weder im Gesamtbauentscheid vom 3. Dezember 2002 noch in den gestempelten Planunterlagen ist eine solche Bauteil vermerkt resp. eingezeichnet.18 d) Der Beschwerdeführer verwies bereits im Wiederherstellungsverfahren auf eine Baubewilligung aus dem Jahr 2012 und reichte anlässlich einer Besprechung beim Bauinspektorat Thun im Oktober 2018 einen Plan "Ansichten Fassade Baugesuch" vom 5. Mai 2012 ein, der aber keinen Baubewilligungstempel enthält.19 Auch eine Baubewilligung konnte er nicht vorweisen. Dies überrascht, hat doch der Beschwerdeführer anlässlich einer Begehung vor Ort am 16. April 2019 dem Bauinspektorat Thun Originale der Baubewilligung 200220 zum Kopieren aushändigen können.21 Unterlagen zur behaupteten Baubewilligung 2012 hat er weiterhin keine vorgelegt, was aber mit Blick auf seine Archivierung alter Baubewilligungen zu erwarten wäre. Zum nachträglichen Baugesuch vom 21. Januar 2020 reichte der Beschwerdeführer diverse Pläne mit zusätzlichen Informationen zu den verschiedenen Bauteilen ein.22 So ergeht aus dem Plan "Ansichten Fassaden Baugesuch 2012 + Januar 2020" vom 05. Mai 2012 / 10. Januar 202023 mehrfach der Hinweis "Baugesuch Mai 2012 an A. \_\_\_\_\_ Bauinspektorat Thun inkl. Zustimmungserklärungen der umliegenden Nachbarn! Zeuge B. \_\_\_\_\_ Dipl. Architekt FH Thun" sowie "Baubewilligt mit Gesamtbauentscheid vom 3.12.2002 durch Bauinspektorat Thun [...]". Und zur Balkonverglasung steht geschrieben: "Neu Balkonverglasung seit 2012 wird wieder entfernt!". Auf einer anderen Planunterlage finden sich zum Untergeschoss die Hinweise "Kellererw. 2012 an Bauinspektorat gemeldet [...]" sowie "Raumerweiterung [...] statt Holzschopf 2012 an Bauinspektorat gemeldet".24 Der Beschwerdeführer vermag nicht zu beweisen, dass ihm 2012 eine Baubewilligung für diverse Bauten erteilt wurde. Weder legt er einen von der Baubewilligungsbehörde gestempelten Plansatz noch eine Baubewilligung oder andere Korrespondenz zwischen ihm und der Stadt Thun vor, was auf ein durchgeführtes Baubewilligungsverfahren schliessen würde. Zudem widersprechen sich die mit dem nachträglichen Baugesuch eingereichten Planunterlagen und seine Ausführungen. Auf diesen Planunterlagen hat der Beschwerdeführer explizit aufgeführt, welche Bauten bereits im Jahr 2002 bewilligt wurden.25 Hingegen wird bei verschiedenen anderen Bauten nicht auf eine Baubewilligung 2012 hingewiesen, sondern lediglich auf ein Baugesuch vom Mai 2012 an A. \_\_\_\_\_ vom Bauinspektorat Thun resp. auf eine Meldung beim Bauinspektorat. Auch seine Behauptung, die Balkonverglasung sei 2012 bewilligt worden, ist nicht glaubhaft. Sowohl im Wiederherstellungsverfahren als auch in den Planunterlagen zum nachträglichen Baugesuch führt

### **E. 16**

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

**E. 17**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 9b Bst. c, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 18 N. 6.

**E. 18**

Baudossier Nr. 2002-0383, S. 14.

**E. 19**

Baudossier Nr. 2018-0382, S. 43.

**E. 20**

Baudossier Nr. 2002-0383.

**E. 21**

Baudossier Nr. 2018-0382, S. 26.

**E. 22**

Vorakten Nr. 2020-0043, S. 64 ff. und S. 112 ff.

**E. 23**

Vorakten Nr. 2020-0043, S. 123.

**E. 24**

Vorakten Nr. 2020-0043, S. 3.

**E. 25**

Baudossier Nr. 2002-0383, Gesamtbaubentscheid vom 3. Dezember 2002.

BVD 110/2020/118 5/13 der Beschwerdeführer aus, diese Balkonverkleidung werde wieder entfernt. In seiner Beschwerde gegen das Wiederstellungsverfahren wurde denn auch explizit darauf hingewiesen, die Balkonverkleidung sei nach einem Wassereinbruch als Notbehelf zur Deponierung von Sachen (Lagerraum) errichtet worden.<sup>26 e)</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keine Baubewilligung aus dem Jahr 2012 vorlegen kann. Hierzu wäre er aber beweispflichtig, wenn er daraus Rechte zu seinen Gunsten ableiten will. Bis heute ist die Balkonverkleidung nicht bewilligt. Dies trifft im Übrigen auch auf die südseitigen Sonnenkollektoren zu, die gemäss Aussage des Beschwerdeführers bereits seit 2008 bestehen. Somit ist auch sein pauschaler Vorwurf, die Vorinstanz verhalte sich willkürlich, unbegründet und haltlos. 4. Bauabschlag für südseitige Sonnenkollektoren und Balkonverglasung a) Die Vorinstanz begründete den Bauabschlag der südseitigen Sonnenkollektoren und der Balkonverglasung mit der fehlenden guten Gesamtwirkung. b) Der Beschwerdeführer beantragt, die südseitigen Sonnenkollektoren und die Balkonverglasung seien zu bewilligen. Zur Begründung führt er aus, die Sonnenkollektoren seien Energielieferanten. Es sei sicherlich für das Gesamtbild nicht sehr vorteilhaft, Sonnenkollektoren im Garten zu platzieren, aber es sei in der heutigen Zeit ein Muss freie Energie zu produzieren und zum Klima Sorge zu tragen. Weiter verweist er darauf, dass auch der Nachbar am Balkon südseitig Sonnenkollektoren montiert habe. Bezüglich der Balkonverglasung hält er fest, der Balkonboden sei nicht wasserfest und es würde ein grober Wasserschaden entstehen. Zudem seien die Kosten für eine Änderung

mehr als unverhältnismässig. Aus der Nachbarschaft seien niemals Einsprachen oder Klagen erfolgt. c) Bauten, Anlagen, Reklamen, Anschriften und Bemalungen dürfen Landschaften, Orts- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen (Art. 9 Abs. 1 BauG). Diese Vorschrift stellt die „ästhetische Generalklausel“ im Sinne eines allgemeinen Beeinträchtigungsverbots dar. Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn ein Bauvorhaben einen Gegensatz zur bestehenden Überbauung schafft, der erheblich stört. Die Gemeinden dürfen eigene Ästhetikvorschriften erlassen, die über die kantonalen Vorschriften hinausgehen können. Derartige Vorschriften müssen, um selbständige Bedeutung zu erlangen, konkreter gefasst sein als die Anordnungen des kantonalen Rechts, sie dürfen Letztere nicht bloss allgemein anders formulieren.<sup>27</sup> Von dieser Möglichkeit hat die Stadt Thun Gebrauch gemacht. Die Liegenschaft des Beschwerdeführers liegt im Ortsbildschutzgebiet O XIII "Goldiwil-Dorf", welches das gestalterisch weitgehend intakte Dorfzentrum von Goldiwil umfasst. Gemäss Art. 33 Abs. 1 GBR<sup>28</sup> sind in Ortsbildgebieten deren prägenden Elemente und Merkmale zu erhalten und behutsam zu erneuern. Neubauten sind so einzufügen, dass eine gute Gesamtwirkung erhalten bleibt. Daneben ist auch in den Ortsbildgebieten die allgemeine Gestaltungsvorschrift von Art. 5 Abs. 1 GBR zu beachten. Insbesondere bei der Auslegung des Begriffs „gute Gesamtwirkung“ kann auf den Begriff in Art. 5 Abs. 1 GBR abgestellt werden. Die Stadt Thun hat in Art. 5 GBR festgelegt, welche Anforderungen an die Qualität des Bauens gestellt werden: Bauten und Anlagen sind so zu gestalten, dass zusammen mit ihrer Umgebung

#### **E. 26**

BVD RA Nr. 120/2019/65, Beschwerde vom 26. September 2019, Ziff. 8, S. 8 f.

#### **E. 27**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 9/10 N. 4 und 13; BVR 2009 S. 328 E. 5.2 mit Hinweisen.

#### **E. 28**

Baureglement der Stadt Thun vom 2. Juni 2002 (GBR; Nr. 72.01).

BVD 110/2020/118 6/13 eine gute Gesamtwirkung entsteht; dies betrifft insbesondere die prägenden Elemente und Merkmale des Strassen-, Orts- und Landschaftsbildes, die Eigenheiten des Quartiers oder die bestehende und bei Vorliegen einer entsprechenden Planung auch die beabsichtigte Gestaltung der benachbarten Bebauung. Weiter sind nach Art. 6 Abs. 1 GBR öffentliche und private Aussenräume so zu gestalten, dass zusammen mit den Bauten und Anlagen eine gute Gesamtwirkung entsteht. Die Bestimmungen der Stadt Thun gehen weiter als Art. 9 Abs. 1 BauG; ihnen kommt daher selbständige Bedeutung zu. Der Begriff „gute Gesamtwirkung“ stellt einen unbestimmten kommunalen Gesetzesbegriff dar, bei dessen Auslegung die kommunalen Behörden einen gewissen Beurteilungsspielraum haben. Jedoch dürfen auch an das Erfordernis der guten Gesamtwirkung nicht unverhältnismässig hohe Ansprüche gestellt werden. Die gute Gesamtwirkung ist weder an geringen noch an besonders hohen architektonischen Qualitäten zu messen. Das bedeutet bei durchschnittlichen örtlichen Gegebenheiten, dass das Mittelmass der Umgebung nicht gestört werden darf und sich eine neue Baute oder Anlage an den qualitativ hochwertigeren Bauten und Anlagen der Umgebung zu orientieren hat.<sup>29</sup> d) Das Grundstück des Beschwerdeführers liegt im Ortsbildschutzgebiet O XIII "Goldiwil-Dorf". Gemäss Beschreibung umfasst das Ortsbildgebiet das gestalterisch weitgehend intakte Ortszentrum von Goldiwil und wird unter anderem im Wesentlichen

durch die Kirche geprägt.<sup>30</sup> Die hier relevante Liegenschaft befindet sich direkt südlich der Kirche in talseitiger Richtung. Die beiden Grundstücke werden lediglich durch die Dorfstrasse getrennt. Die streitigen Bauvorhaben (Sonnenkollektoren und Balkonverglasung) befinden sich auf der Südfassade des Wohnhauses und sind somit talseitig exponiert. e) Die Vorinstanz hat die Gestaltung der Bauvorhaben im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens unter Beizug des Stadtarchitekten geprüft und ist zum Ergebnis gelangt, dass die Gestaltung der Südfassade die Anforderungen an ein Ortsbildgebiet nicht erfülle.<sup>31</sup> Durch die vielen untereinander nicht abgestimmten Anbauten und Massnahmen werde die erforderliche gute Gesamtwirkung nicht erreicht.<sup>32</sup> f) Aufgrund der sich in den Akten<sup>33</sup> befindenden Fotos zur Südfassade der Liegenschaft, ist die Argumentation der Vorinstanz gut nachvollziehbar: Auf den Fotos ist ersichtlich, dass an dieser Südfassade zahlreiche Sonnenkollektoren sowie eine Balkonverglasung angebracht sind. Die einzelnen Sonnenkollektoren sind unterschiedlich gross und haben unterschiedliche Neigungswinkel. Die Einkleidung der Balkonverglasung ist farblich nicht mit der Südfassade abgestimmt. Zudem hat die Balkonverkleidung südseitig zwei grosse Glasflächen, im Gegensatz zu den Fenstern auf der Südfassade, die wesentlich kleiner sind. Zusammen mit den übrigen Anbauten und Massnahmen wie auch den unterschiedlichen Materialien bei den Geländern wirken diese Elemente uneinheitlich und nicht aufeinander abgestimmt, wodurch die Gesamtwirkung der Südfassade leidet. Es ist daher überzeugend, dass die Vorinstanz die im Ortsbildschutzgebiet verlangte gute Gesamtwirkung verneint. Das umso mehr, als sich die Liegenschaft in der Nähe der Kirche als prägendes Element des Ortsbildschutzgebiets O XIII "Golidwil-Dorf" befindet. Die BVD hat keinen Anlass, von der Beurteilung der Vorinstanz abzuweichen, zumal diese die örtlichen Verhältnisse gut kennt und ihr bei der Beurteilung der guten Gesamtwirkung ein gewisser Spielraum zukommt.

#### **E. 29**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 9/10 N. 4a; BVR 2009 S. 329 E. 5.3, 2006 S. 491 E. 6.3.1.

#### **E. 30**

Anhang 4.2 GBR.

#### **E. 31**

Vgl. Protokoll Jour fixe Stadtarchitekt / Bauinspektorat inkl. Fassadenplan in Vorakten Nr. 2020-0043, S. 40, 41, 45.

#### **E. 32**

Vorakten Nr. 2020-0043, S. 16, Ziff. III./5. des Gesamtentscheids der Stadt Thun vom 12. Juni 2020.

#### **E. 33**

Baudossier Nr. 2018-0382, S. 17, 49, 52-54.

BVD 110/2020/118 7/13 Der Beschwerdeführer begründet nicht substantiiert, weshalb die Beurteilung der Vorinstanz nicht zutreffen sollte. Auch ist unbeachtlich, wie die Nachbarschaft zu den Bauten steht. Der Beschwerdeführer bringt im Übrigen in seiner Beschwerde selber vor, Sonnenkollektoren im Garten zu platzieren sei für das Gesamtbild nicht sehr vorteilhaft. Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt abzuweisen und der Bauabschlag in Bezug auf die südseitigen Sonnenkollektoren und die Balkonverglasung

wird bestätigt. 5. Gleichbehandlung im Unrecht a) Der Beschwerdeführer weist darauf hin, der Nachbar habe an seinem südseitigen Balkon auch Sonnenkollektoren montiert. Er macht damit sinngemäss eine Gleichbehandlung im Unrecht geltend. b) Der in Art. 8 Abs. 1 BV34 und Art. 10 Abs. 1 KV35 enthaltene Grundsatz der Rechtsgleichheit verpflichtet die rechtsanwendenden Behörden, gleiche Sachverhalte mit gleichen relevanten Tatsachen gleich zu behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung.<sup>36</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht aber der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt den Bürgerinnen und Bürgern grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Ausnahmsweise und unter strengen Bedingungen wird jedoch im Rahmen des verfassungsmässig verbürgten Gleichheitsgebots ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht anerkannt. Die Gleichbehandlung im Unrecht setzt voraus, dass die zu beurteilenden Fälle in den relevanten Sachverhaltselementen übereinstimmen und dass dieselbe Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zudem zu erkennen gibt, auch künftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Schliesslich dürfen keine entgegenstehenden überwiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen oder Interessen Dritter bestehen.<sup>37</sup> Wird eine ständige Praxis zum ersten Mal einer gerichtlichen Prüfung unterzogen, ist davon auszugehen, dass die Behörde ihre rechtswidrige Praxis anpasst.<sup>38</sup> c) Der Beschwerdeführer hat für seine Rüge keine Belege beigelegt und die Vorinstanz ist auf diesen Punkt nicht weiter eingegangen. Die Vorinstanz hat aber im angefochtenen Entscheid nicht den Sonnenkollektoren als Ganzes die Bewilligungsfähigkeit an Balkonen der Südfassade abgesprochen. So sind die mobilen Sonnenkollektoren auch weiterhin zulässig. Die Vorinstanz begründet ihren Bauabschlag mit den vielen nicht untereinander abgestimmten Bauten und Massnahmen sowie der daraus fehlenden guten Gesamtwirkung im Ortsbildgebiet. Wie sich die Sonnenkollektoren des Nachbarn auf seinem Grundstück untereinander abstimmen und welche Gesamtwirkung sich dabei auf das Ortsbildgebiet ergibt, kann offen bleiben. Denn für eine Gleichbehandlung im Unrecht müsste die Behörde ohnehin in ständiger Praxis vom Gesetz abweichen und zudem zu erkennen geben, auch künftig nicht gesetzeskonform entscheiden zu wollen. Das wird vorliegend nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Die

#### **E. 34**

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

#### **E. 35**

Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1).

#### **E. 36**

Statt vieler BGE 136 I 345 E. 5 mit Hinweisen; VGE 2016/242 vom 8. Juni 2017 E. 5.3; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014, § 23 N. 11 f.

#### **E. 37**

BGE 139 II 49 E. 7.1 (Pra 102/2013 Nr. 33), 136 I 65 E. 5.6; BVR 2013 S. 85 E. 8.1, 2012 S. 74 E. 4.8.1 je mit Hinweisen; VGE 2017/199 vom 13. August 2018 E. 5.3.1; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, a.a.O., § 23 N. 11-13 und 18-20;

Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, N. 599 ff.; Pierre Tschannen, Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, in ZBl 2011 S. 57 ff., 65 ff.

### **E. 38**

BGer 1C\_414/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2, 1C\_43/2015 vom 6. November 2015 E. 6.

BVD 110/2020/118 8/13 Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht sind damit nicht erfüllt. Auch diese Rüge ist abzuweisen.

BVD 110/2020/118 9/13 6. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands a) Mit dem Bauabschlag verfügte die Vorinstanz gleichzeitig die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. So verlangt sie die Entfernung der südseitigen Sonnenkollektoren mit Ausnahme der mobilen Sonnenkollektoren gemäss dem Plan "Übersicht Wiederherstellungsmassnahmen" vom 12. Juni 2020. Auch die Entfernung der südseitigen Balkonverglasung wurde verfügt. b) Indem der Beschwerdeführer auf Rückbaukosten von sicherlich Fr. 25'000.– verweist, bringt er sinngemäss die Unverhältnismässigkeit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vor. Die Vorinstanz verweist in ihrer Stellungnahme auf den Umstand, dass der Beschwerdeführer im Vorverfahren auf die Entfernung der Balkonverkleidung hingewiesen habe und sein jetziges Verhalten nicht glaubwürdig sei. c) Wie die vorhergehenden Erwägungen zeigen, wurde für die südseitigen Sonnenkollektoren und die Balkonverglasung keine Baubewilligung erteilt. Sie sind somit formell rechtswidrig (vgl. Ziff. II./3e). Da das nachträgliche Baugesuch des Beschwerdeführers abgewiesen und der Bauabschlag im vorliegenden Beschwerdeverfahren bestätigt wurde, ist auch die materielle Rechtswidrigkeit dieser Bauvorhaben zu bejahen (vgl. Ziff. II./4f). d) Kann ein bereits ausgeführtes Bauvorhaben nachträglich nicht bewilligt werden, so entscheidet die Baubewilligungsbehörde mit dem Bauabschlag zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Eine Wiederherstellungsmassnahme ist verhältnismässig, wenn sie geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, nicht weiter geht, als zur Herstellung des rechtmässigen Zustands nötig ist und die Belastung für die pflichtige Person in einem vernünftigen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht.<sup>39</sup> Bei geringfügigen Abweichungen und wenn die Bauherrschaft im baurechtlichen 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. Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich somit auch eine Bauherrschaft berufen, die nicht gutgläubig gehandelt hat. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.<sup>40</sup> e) Am verfügten Rückbau der Balkonverglasung sowie der südseitigen Sonnenkollektoren und somit an der vollständigen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands besteht ein grosses öffentliches Interesse, da die Liegenschaft in einem Ortsbildschutzgebiet liegt. Zudem sprechen auch präjudizielle Gründe für eine vollständige Wiederherstellung. Der Bauherr, der sich nicht an die

Baubewilligung hält oder ohne Baubewilligung baut, soll nicht besser gestellt werden als ein Bauherr, der die Baubewilligung einhält. Die öffentlichen Interessen sowie die Durchsetzung der baurechtlichen Grundordnung überwiegen die privaten Interessen des Beschwerdeführers an der Beibehaltung des widerrechtlichen Zustands.

### **E. 39**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1.

### **E. 40**

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

BVD 110/2020/118 10/13 f) Zudem ist vorliegend fraglich, ob der Beschwerdeführer gutgläubig gehandelt hat. Bisher hat er vorgebracht, die Balkonverkleidung sei nach einem Wassereintritt als Notbehelf zur Deponierung von Sachen (Lagerraum) errichtet worden und auf den Planunterlagen zum nachträglichen Baugesuch hat er zur Balkonverkleidung den Hinweis "wird wieder entfernt!" angebracht.<sup>41</sup> Im vorliegenden Beschwerdeverfahren behauptet er erstmals, die Balkonverkleidung sei bewilligt. Der Rückbau der Balkonverglasung sowie die Demontage der südseitigen Sonnenkollektoren sind geeignet und zumutbar, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist dieser Rückbau resp. die Demontage auch notwendig; es ist kein milderes Mittel für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erkennbar. Der Rückbau resp. die Demontage ist für den Beschwerdeführer auch zumutbar. Das öffentliche Interesse an der vollständigen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist vorliegend gross. Es 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. Angesichts der strengen Rechtsprechung<sup>42</sup> betrifft dies auch die Vermögensinteressen, welche dem Beschwerdeführer durch die Wiederherstellung anfallen. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, die Rückbauarbeiten würden sicherlich Fr. 25'000.– betragen. Wie sich dieser Betrag zusammensetzt, hat er nicht dargelegt. Für die vom Streitgegenstand erfassten südseitigen Sonnenkollektoren und die Balkonverglasung (vgl. Ziff. II./2b) erscheint dieser Betrag als zu hoch, zumal der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde selber ausgeführt hat, die Sonnenkollektoren würden zu Demonstrations- und Vorführzwecken montiert und demontiert. Selbst wenn die Kosten nicht leicht wiegen, werden sie von den öffentlichen – für den Rückbau resp. die Demontage und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechenden – Interessen am Schutz des Ortsbildes übertroffen. Ebenso wenig fällt ins Gewicht, dass aus der Nachbarschaft nie Klagen oder Einsprachen erfolgten. g) Indem der Beschwerdeführer vorbringt, die südseitigen Sonnenkollektoren seien seit 2008 eingesetzt und die südseitige Balkonverglasung bestehe seit 2012, macht er sinngemäss die Verwirkung der Wiederherstellung geltend. Die Wiederherstellung kann aufgrund des Zeitablaufs verwirkt sein.<sup>43</sup> Nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG). Erkennbar ist ein rechtswidriger Zustand, wenn er von der Behörde bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkannt werden können.<sup>44</sup> Der Ablauf einer gesetzlichen Frist zur Wiederherstellung eines baurechtswidrigen Zustands darf nicht leichthin angenommen werden, denn die kommunalen Baupolizeibehörden sind nicht gehalten, regelmässig nach allfälligen

widerrechtlichen Bauten zu suchen. Anders zu entscheiden hiesse, das Bauen ohne Baubewilligung geradezu zu unterstützen.<sup>45</sup> h) Die Vorinstanz wurde anfangs Januar 2017 von den Einwohnerdiensten der Stadt Thun auf eine Wohnung im Untergeschoss der Liegenschaft des Beschwerdeführers aufmerksam gemacht.<sup>46</sup> Nach weiteren Abklärungen wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 4. Januar 2018 das rechtliche Gehör gewährt. Dabei hat die Vorinstanz eine Fotodokumentation

**E. 41**

BVD RA Nr. 120/2019/65, Beschwerde vom 26. September 2019, Ziff. 8, S. 8 f.; Vorakten Nr. 2020-0043, S. 123.

**E. 42**

Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c mit weiteren Hinweisen.

**E. 43**

BGE 136 II 359 E. 6.

**E. 44**

Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 11.

**E. 45**

BGer 1C\_446/2017 E. 5.2.

**E. 46**

Baudossier Nr. 2018-0382, S. 61.

BVD 110/2020/118 11/13 aus dem Jahr 2014 beigelegt.<sup>47</sup> Gestützt auf die Fotodokumentation 2014 hätte die Vorinstanz unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt bereits ab diesem Zeitpunkt den rechtswidrigen Zustand erkennen können. Es liegen jedoch keine Gründe vor, dass sie diesen Zustand bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte erkennen müssen. Indem die Vorinstanz vier Jahre nach dem Erstellen der Fotodokumentation dem Beschwerdeführer ihre Abklärungen angezeigt und das rechtliche Gehör gewährt hat, wurde die Fünfjahresfrist gewahrt. i) Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands resp. der Rückbau der Balkonverglasung sowie die Demontage der südseitigen Sonnenkollektoren liegt somit im öffentlichen Interesse, ist zumutbar und erweist sich als verhältnismässig. Eine Verwirkung liegt nicht vor. Die Beschwerde ist deshalb auch in diesem Punkt abzuweisen. Mit der Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids ist auch eine neue Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen. Die Vorinstanz hat für die Wiederherstellungsmassnahmen eine Frist von 6 Monaten angesetzt. Diese Frist erscheint als eher lang. Aufgrund des Ermessensspielraums der Vorinstanz orientiert sich die BVD aber an dieser Zeitdauer und setzt die Wiederherstellungsfrist auf den 1. Juni 2021 an. 7. Gebührenhöhe a) Der Beschwerdeführer erachtet die ihm auferlegten Gebühren in der Höhe von Fr. 1'665.– als unverhältnismässig, da die langwierige Korrespondenz durch die Nachlässigkeit des Bauinspektorats mitverursacht sei und deshalb seien diese zu teilen. Die Stadt Thun hält in ihrer Stellungnahme fest, es handle sich um ein sehr komplexes Verfahren und die Kosten seien wohlwollend tief gehalten worden. b) Die Gemeinden können gemäss Art. 69 Abs. 4 Bst. a BauG im Baureglement oder in besonderen Reglementen Gebühren für Leistungen der Gemeindeorgane im Baubewilligungsverfahren und bei baupolizeilichen Verrichtungen vorsehen. Laut Art. 52 Abs. 1 BewD<sup>48</sup> tragen die Gesuchstellenden die amtlichen Kosten

des Baubewilligungsverfahrens. Gemäss Art. 54 Abs. 1 BewD kann die Gemeinde für baupolizeiliche Verrichtungen Gebühren und Auslagen erheben. Die Gebühren unterstehen grundsätzlich dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip.<sup>49</sup> Das Äquivalenzprinzip besagt, dass die erhobene Abgabe im Einzelfall zum objektiven Wert der Leistung nicht in ein offensichtliches Missverhältnis treten darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss.<sup>50</sup> Gestützt auf Art. 51 Abs. 3 BewD hat die Stadt Thun die Verordnung über die Gebühren im Bauwesen (Gebührenverordnung Bauwesen<sup>51</sup>) erlassen. Gemäss Art. 8 Gebührenverordnung Bauwesen fallen bei Baugesuchen eine Grundgebühr (Mindestgebühr Fr. 300.–) wie auch weitere Kosten im Zusammenhang mit der Publikation und dem Einholen von Berichten an. Auch für baupolizeiliche Verrichtungen wird gemäss Art. 21 Gebührenverordnung Bauwesen eine Grundgebühr von Fr. 100.– erhoben sowie Aufwendungen nach Zeitaufwand verrechnet. Nach Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung wird bei Gebühren nach Aufwandstarif der volle Personal- und Infrastrukturaufwand für eine bestimmte Leistung abgegolten.

#### **E. 47**

Baudossier Nr. 2018-0382, S. 44 ff.

#### **E. 48**

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

#### **E. 49**

BGE 126 I 180 E. 3a mit Hinweisen.

#### **E. 50**

Beat Stalder, Raumplanungsrecht, in: Markus Müller / Reto Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2013, S. 464 N. 248. 51 Nr. 154.231.11 vom 5. Dezember 2003.

BVD 110/2020/118 12/13 c) Die eingereichte Kostenzusammenstellung weist neben den zwei Grundgebühren von total Fr. 400.– und den Kosten für Porto und Kopien von Fr. 25.– einen Aufwand von 5 Stunden à Fr. 120.– auf. Dieser Stundenaufwand ist angesichts einer aktenkundigen Besichtigung vor Ort durch den Stadtarchitekten und einer Nachbesprechung (jour fix), dem Prüfen und Abgleichen der diversen Bauten mit alten Baubewilligungen und dem Ausarbeiten der Baubewilligung sowie den Wiederherstellungsmassnahmen ohne weiteres gerechtfertigt. Dass die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme darauf hinweist, der Aufwand sei moderat festgesetzt, ist ebenfalls glaubhaft. Auch die übrigen Posten wie Bekanntmachung, Gebühren zum Baubewilligungsverfahren sowie die Baukontrolle sind notwendige Positionen in einem Baubewilligungsverfahren und lassen sich auf die Bestimmungen der Gebührenverordnung Bauwesen abstützen. Die Gebührenzusammenstellung ist nachvollziehbar und gibt zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen. 8. Verfahrenskosten a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG<sup>52</sup>). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV<sup>53</sup>). b) Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 Abs. 1 und 4 VRPG). III. Entscheid

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.