



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2021/62

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 9. November 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt D. _____

und

Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, Industriestrasse 2, Postfach 145,
3602 Thun

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun vom 4. März 2021
(Gemeinde Nr. 942/2020-0166; Wohnraumerweiterung)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer ist Stockwerkeigentümer der Attikawohnung an der F. _____ strasse 91 in Gwatt (Thun - Strättligen Gbbl. Nr. G. _____). Er reichte am 6. März 2020 bzw. 7. August 2020 bei der Stadt Thun nachträglich ein Baugesuch ein für diverse Umbauarbeiten, namentlich für eine Wohnraumerweiterung, das Erstellen von Vordächern, einer Pergola und einer Sauna. Für die Wohnraumerweiterung der Attikawohnung stellte er ein Ausnahmegesuch für das Überschreiten der Ausnützungsziffer. Die Parzelle, auf der sich das Mehrfamilienhaus F. _____ strasse 91 befindet, liegt in der Zone «Wohnen W2».¹ Gegen das Bauvorhaben gingen zwei Einsprachen ein.

2. Mit Entscheid vom 4. März 2021 erteilte die Stadt Thun für diverse Umbauarbeiten innerhalb der Attikawohnung sowie die Pergola und die Vordächer ausserhalb der Attikawohnung die Baubewilligung. Bezüglich der Wohnraumerweiterung und die Sauna verweigerte die Stadt Thun die Baubewilligung sowie die Ausnahmegewilligung für das Überschreiten der zulässigen Ausnützungsziffer. Sie ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an und gewährte für die Demontage der Sauna und den Rückbau der Wohnraumerweiterung eine Frist bis am 27. August 2021. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme an.

¹ Zonenplan vom 2. Juni 2002 im Massstab 1:5000 der Stadt Thun, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am 24. Juli 2003 mit Nachtrag vom 27. August 2003

3. Gegen den Entscheid betreffend die Wohnraumerweiterung und deren Wiederherstellung reichte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 6. April 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er stellt folgende Anträge:

- «1. Der Gesamtentscheid des Bauinspektorats der Stadt Thun vom 4. März 2021 sei soweit die Wohnraumerweiterung betreffend aufzuheben;
2. Dem Bauvorhaben sei soweit die Wohnraumerweiterung betreffend die Baubewilligung unter Einräumung einer Ausnahmegewilligung für das Nichteinhalten der maximal zulässigen Ausnützungsziffer zu erteilen;
3. Eventualiter: Es sei festzustellen, dass die Wiederherstellungsverfügung vom 4. März 2021 unverhältnismässig ist und auf die Wiederherstellung sei zu verzichten; (...).»

Er ist der Meinung, die Voraussetzungen nach Art. 26 BauG für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für das Überschreiten der zulässigen Ausnützungsziffer seien erfüllt. Zudem stellt er sich auf den Standpunkt, die Wiederherstellungsanordnung sei unverhältnismässig.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Mit Instruktionsverfügung vom 9. April 2021 erhielten die Einsprechenden Gelegenheit, sich am Beschwerdeverfahren zu beteiligen. Von dieser Möglichkeit machten die Einsprechenden nicht Gebrauch. In der Stellungnahme vom 10. Mai 2021 beantragt die Stadt Thun die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Auf die Rechtsschriften und die vorhandenen Akten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Der angefochtene Entscheid datiert vom 4. März 2021 und ist dem Beschwerdeführer nach seinen unbestrittenen Angaben am 5. März 2021 mit eingeschriebener Post zugestellt worden. Die 30-tägige Beschwerdefrist begann somit am 6. März 2021 zu laufen und endete am Ostersonntag, den 4. April 2021. Da es sich beim Sonntag und dem Ostermontag um gesetzlich anerkannte Feiertage handelt, erstreckte sich die Beschwerdefrist bis zum nächstfolgenden Werktag, d.h. bis zum 6. April 2021.⁴ Nach den Akten hat der Beschwerdeführer seine Beschwerde am 6. April 2021 der Post übergeben.⁵ Die Beschwerdefrist ist somit gewahrt.

c) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Der Beschwerdeführer, dessen nachträgliches Baugesuch teilweise abgewiesen wurde und

² 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)

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

⁴ Vgl. Art. 41 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21); Art. 2 Abs. 1 Bst. a und c des Gesetzes vom 1. Dezember 1996 über die Ruhe an öffentlichen Feiertagen (FRG; BSG 555.1)

⁵ Vgl. Sendungsnachverfolgung in den Beschwerdeakten der BVD

bezüglich der Wohnraumerweiterung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verpflichtet wurde, ist durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Streitgegenstand

a) Mit ihren Rügen legt die beschwerdeführende Partei fest, in welcher Richtung und inwieweit sie das streitige Rechtsverhältnis überprüfen lassen will.⁶ Ausgangspunkt für die Frage, was der behördlichen Überprüfung bedarf, sind gestützt auf das Rügeprinzip die Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei. Diese müssen im Zusammenhang mit der Begründung und den darin enthaltenen Rügen gelesen werden. Als Rügen gelten die Einwände (Sachbehauptungen) gegen die vorinstanzliche Beurteilung.

b) Anfechtungsobjekt ist der Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung der Stadt Thun vom 4. März 2021. Dieser umfasst die Baubewilligung für diverse Umbauarbeiten innerhalb der Attikawohnung, das Erstellen einer Pergola sowie das Erstellen von Vordächern. Für die Sauna und die Wohnraumerweiterung erteilte die Stadt Thun hingegen den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes an. Die Beschwerde richtet sich einzig gegen den Bauabschlag bezüglich der Wohnraumerweiterung und deren Wiederherstellung. Die übrigen Teile des Bauentscheids vom 4. März 2021 sind nicht strittig. Insoweit ist der Bauentscheid der Stadt Thun vom 4. März 2021 in Rechtskraft erwachsen. Streitgegenstand bildet demnach einzig der Bauentscheid und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bezüglich der Wohnraumerweiterung.

3. Sachverhalt zur Wohnraumerweiterung

a) Der Sachverhalt bezüglich der Wohnraumerweiterung präsentiert sich gestützt auf die Akten wie folgt: Das dreigeschossige Mehrfamilienhaus F. _____strasse 91 wurde am 24. Mai 1965 baubewilligt und verfügt zusätzlich über ein Attikageschoss mit einer Dreieinhalb-Zimmer-Wohnung.⁷ Das Wohnzimmer liegt im südöstlichen Bereich des Attikageschosses.⁸ Ursprünglich verlief die ostseitige Fassadenflucht des Wohnzimmers auf der Länge von rund 9.10 m um ca. 1.50 m zurückversetzt vom Attikaflachdach, wie aus dem bewilligten Grundrissplan zur Baubewilligung vom 24. Mai 1965 hervorgeht.⁹ Durch die vom Flachdach rückversetzte Wohnzimmerfassade entstand ausserhalb des Wohnzimmers unter dem Dachvorsprung ein gedeckter Terrassensitzplatz ausserhalb der Gebäudehülle. Gemäss den Akten wurde dieser Terrassensitzplatz im Jahr 1969 auf einer Länge von rund 2.30 m bündig auf der Flucht des Attikaflachdaches teilweise mit Glas eingewandet, womit eine Art Windfang entstand. Dafür erteilte die Stadt Thun mit Bauentscheid vom 20. Juni 1969 die Baubewilligung.¹⁰

b) Mit Schreiben vom 15. März 2012 gelangte der Beschwerdeführer mit einer Bauvoranfrage an die Stadt Thun.¹¹ Die Fotos zur Bauanfrage zeigen, dass der ostseitige Terrassensitzplatz in

⁶ Vgl. Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 f.

⁷ Vgl. pag. 102 und 103 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

⁸ Vgl. pag. 2 der Vorakten (schwarzer Bundesordner) der Stadt Thun und pag. 102 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

⁹ Vgl. pag. 102 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

¹⁰ Vgl. pag. 21 f. der Vorakten (schwarzer Bundesordner) der Stadt Thun

¹¹ Vgl. pag. 87 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

diesem Zeitpunkt vollständig mit Glasschiebetüren eingewandert war.¹² Eine Baubewilligung für die vollständige Verglasung der Aussensitzplatzfläche als Wintergarten ist nicht aktenkundig.¹³ Gegenstand der Bauanfrage vom 15. März 2012 war unter anderem, das Wohnzimmer im Attikageschoss bis zur ostseitigen Brüstung zu vergrössern und nordseitig einen Lagerraum und ein Reduit anzubauen.¹⁴ Weiter beinhaltete die Bauanfrage den Anbau eines Fassadenlifts auf der Ostseite des dreigeschossigen Mehrfamilienhauses.¹⁵ Mit Schreiben vom 24. April 2012 teilte die Stadt Thun dem damaligen Projektverfasser mit, dass für die Raumerweiterung der Attikawohnung die Ausnahmegewilligung zur Überschreitung der Ausnützungsziffer nicht in Aussicht gestellt werden könne. Demgegenüber sei bezüglich des Liftanbaus eine Ausnahmegewilligung für die Überschreitung der Ausnützungsziffer möglich, wobei die besonderen Verhältnisse aufgezeigt und begründet werden müssten. Hinsichtlich der Lagerräume und des Reduits erklärte die Stadt Thun im Schreiben vom 24. April 2012, dass diese nicht an die Bruttogeschossfläche angerechnet werden müssten.

c) Am 31. Januar 2013 reichte die Miteigentümergeinschaft F. _____ strasse 91, vertreten durch den Beschwerdeführer, ein Baugesuch ein für einen Liftanbau an der Ostfassade. Das Baugesuch beinhaltete ausserdem den Anbau eines Lagerraums und eines Reduits auf der Nordseite der Attikawohnung.¹⁶ Nicht Gegenstand des Baugesuchs war die Erweiterung der bestehenden Wohnung im Attikageschoss. Mit Bauentscheid vom 7. August 2013 erteilte die Stadt Thun für den Liftanbau sowie für den Anbau des Lagerraums und des Reduits die Baubewilligung.¹⁷ Im Zuge der Lifterschliessung wurde von Osten her im Bereich der ursprünglich offenen Terrasse ein Aussenzugang «Entrée» zur Attikawohnung bewilligt. Das geht aus dem bewilligten Grundrissplan «Dachwohnung» mit Revisionsdatum vom 6. Dezember 2012 (Mst. 1:100) hervor.¹⁸

d) Aufgrund eines Hinweises aus der Bevölkerung führte die Baupolizeibehörde der Stadt Thun am 3. Dezember 2019 in der Attikawohnung des Beschwerdeführers eine Kontrolle durch. Dabei stellte die Baupolizeibehörde fest, dass der ursprünglich offene Terrassensitzplatz – mit Ausnahme des «Entrée» – in das Wohnzimmer integriert worden ist. Das zeigen die Fotos der Baukontrolle vom 3. Dezember 2019.¹⁹ Gemäss dem Grundrissplan «Attikageschoss» vom 10. September 2020 und den Berechnungen in den Akten beträgt die Aussensitzplatzfläche, die in das Wohnzimmer integriert worden ist, rund 12 m².²⁰ Die bestehende Wohnzimmerfassade wurde abgebrochen und neu bündig entlang des Dachrands des Attikageschosses erstellt. Der bisherige Terrassenboden wurde auf das Niveau des Wohnzimmers gesenkt, wie aus den Fotos in den Akten hervorgeht.²¹ Diese baulichen Massnahmen haben zur Folge, dass die ursprünglich offene Aussensitzplatzfläche der Bruttogeschossfläche anzurechnen ist.

4. Anwendbares Recht

a) Der Beschwerdeführer bringt vor, die Ortsplanung der Stadt Thun befindet sich zurzeit in Revision. Es sei vorgesehen, die Ausnützungsziffer durch eine Grünflächenziffer zu ersetzen, die Grenzabstände zu reduzieren und die Regelung zum Attikageschoss abzuschaffen, wobei das

¹² Vgl. pag. 96 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

¹³ Vgl. angefochtener Entscheid der Stadt Thun vom 4. März 2021, S. 6

¹⁴ Vgl. Grundrissplan Attikageschoss im Mst. 1:100, pag. 90 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

¹⁵ Vgl. Plan Ostfassade im Mst. 1:100, pag. 94 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

¹⁶ Vgl. Baugesuchsformular, pag. 17 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

¹⁷ Vgl. Bauentscheid vom 7. August 2013, pag. 5 ff. im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

¹⁸ Vgl. pag. 16 im Baugesuchsdossier 13/170 der Stadt Thun

¹⁹ Vgl. pag. 56 und pag. 277 der Vorakten der Stadt Thun

²⁰ Vgl. pag. 2 und 240 der Vorakten der Stadt Thun

²¹ Vgl. Foto in der Beilage 7 zur Beschwerde vom 6. April 2021 des Beschwerdeführers

Attikageschoss in vielen Gebieten zu einem Vollgeschoss ausgebaut werden dürfte. Weiter dürften Grundeigentümer innerhalb von Gebieten mit Arealbonus ein zusätzliches Geschoss bauen, wenn mehrere Parzellen im Rahmen des qualitätssichernden Verfahrens beplant würden und die Quartierverträglichkeit nachgewiesen sei. Der Beschwerdeführer ist deshalb der Meinung, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebiete es, die aktuelle Entwicklung der Rechtsetzung bei der Beurteilung des Vorhabens miteinzubeziehen.

b) Die Stadt Thun stellt sich auf den Standpunkt, das nachträgliche Baugesuch sei aufgrund der aktuell gültigen Gesetzgebung zu beurteilen. Eine anstehende Ortsplanungsrevision, die nicht öffentlich aufgelegt sei, könne keinen Einfluss auf den Bauentscheid haben.

c) Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer für die fragliche Wohnzimmererweiterung ein nachträgliches Baugesuch eingereicht. Bei nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist das Recht massgebend, das im Zeitpunkt der Ausführung des Bauvorhabens bzw. im Zeitpunkt der Nutzungsänderung anwendbar war, unter Berücksichtigung allfälliger in diesem Zeitpunkt bereits öffentlich aufgelegter neuer Vorschriften. Späteres Recht ist anzuwenden, wenn es für die Bauherrschaft günstiger wäre.²² Als öffentliche Auflage gilt diejenige im Einspracheverfahren (Art. 60 BauG), nicht bereits diejenige im Mitwirkungsverfahren (Art. 58 BauG).²³

d) Die Stadt Thun plant aktuell eine Ortsplanungsrevision.²⁴ Das Mitwirkungsverfahren fand vom 1. November 2019 bis 31. Januar 2020 statt. Die Unterlagen sollen voraussichtlich im ersten Quartal 2022 öffentlich aufgelegt werden.²⁵ Aus der chronologischen Darstellung des Sachverhalts zur Wohnraumerweiterung folgt, dass die neuen Vorschriften und Pläne im Zeitpunkt der Ausführung der strittigen Wohnraumerweiterung noch nicht öffentlich auflagen (vgl. Erwägung 3d). Die neuen Vorschriften und Pläne können somit von vornherein keine Vorwirkung entfalten.

e) Nach dem Gesagten steht fest, dass im Zeitpunkt der Wohnzimmererweiterung und des Erlasses der Wiederherstellungsverfügung das Baureglement 2002 und der Zonenplan 2002 in Kraft waren. Diese Vorschriften der baurechtlichen Grundordnung sind nach wie vor in Kraft. Die fragliche Wohnraumerweiterung ist daher nach dem Baureglement 2002 zu beurteilen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers würde neue Recht für ihn nicht günstiger ausfallen: Das Gebiet, in welchem die Bauparzelle Nr. A. _____ liegt, befindet sich den Mitwirkungsunterlagen zufolge zwar in einer Zone mit Arealbonus und soll von der Wohnzone W2 in die Wohnzone W3 aufgezont werden (vgl. Zonenplan in der Fassung des Mitwirkungsverfahrens). Auch ist gemäss dem Baureglement in der Fassung des Mitwirkungsverfahrens keine Ausnützungsziffer mehr vorgesehen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass das Mehrfamilienhaus bereits heute über drei Vollgeschosse verfügt. Es könnte daher in der Wohnzone W3 nicht um ein weiteres Attikageschoss aufgestockt werden, da die Attikaregelung wegfällt (vgl. S. 26 des Erläuterungsberichts in der Fassung des Mitwirkungsverfahrens).²⁶ Neu würde auch eine Fassadenhöhe von 10 m gelten, innerhalb derer sämtliche Geschosse Platz haben müssten. Da die Fassadenhöhe des Mehrfamilienhauses schon heute 10 m beträgt, wäre ein zusätzliches Attikageschosse auch infolge der ausgeschöpften Gebäudehöhe unzulässig (vgl. Art. 21 Abs. 1 BR²⁷ in der Fassung des Mitwirkungsverfahrens).²⁸ Schliesslich wären hier auch die

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 46 N. 14a mit weiteren Hinweisen

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 36 N. 3 ff.

²⁴ Vgl. <http://www.ortsplanungsrevisionthun.ch/unterlagen-opr/>

²⁵ Angaben gemäss Website der Stadt Thun (abrufbar unter: <http://www.ortsplanungsrevisionthun.ch/#WoWann>)

²⁶ Vgl. <http://www.ortsplanungsrevisionthun.ch/unterlagen-opr/>

²⁷ Baureglement (BR) der Stadt Thun vom 2. Juni 2002 (Stand: 12. Mai 2020), genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) am 24. Juli 2003 mit Nachtrag vom 27. August 2003

²⁸ Vgl. <http://www.ortsplanungsrevisionthun.ch/unterlagen-opr/>

Voraussetzungen für einen Arealbonus nicht erfüllt, da keine Arealüberbauung zur Diskussion steht. Die Attikawohnung dürfte demnach nur noch im Rahmen der Besitzstandsgarantie umgebaut oder erweitert werden, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt würde (Art. 3 Abs. 2 BauG). Da nach neuem Recht wie erwähnt kein weiteres Attikageschoss zulässig wäre, würde mit der zusätzlichen Erweiterung des Wohnzimmers die Rechtswidrigkeit des Attikageschosses augenfällig verstärkt. Die zusätzliche Wohnraumerweiterung wäre folglich selbst durch die Besitzstandsgarantie nicht mehr gedeckt und demzufolge unzulässig. Der Einwand des Beschwerdeführers, nach neuem Recht werde die Ausnützungsziffer abgeschafft und durch eine Grünflächenziffer ersetzt, hilft ihm somit nicht.

f) Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Ortsplanungsrevision sei bei der Prüfung der Ausnahmegewilligung aus Gründen der Verhältnismässigkeit miteinzubeziehen, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden (vgl. Erwägung 5f). Die Ortsplanungsrevision ist gegebenenfalls bei der Verhältnismässigkeitsprüfung der Wiederherstellung zu berücksichtigen (vgl. Erwägung 6e).

5. Ausnahmegewilligung

a) Aus den Erwägungen folgt, dass die Wohnraumerweiterung nach dem Baureglement 2002 zu beurteilen ist. Die Parzelle Nr. 1611 mit dem dreigeschossigen Mehrfamilienhaus liegt in der Zone «Wohnen W2» (vgl. Sachverhalt Ziff. 1). In dieser Zone gilt nach Art. 21 Abs. 1 BR eine Ausnützungsziffer von 0,5. Nach den Akten ist die zulässige Ausnützungsziffer von 0,5 bereits ohne die strittige Wohnraumerweiterung um 0,34 überschritten.²⁹ Für die zusätzliche Wohnraumerweiterung von rund 12 m², die unbestritten zu einer weiteren Überschreitung der zulässigen Ausnützungsziffer führt, bedarf es einer Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG.

b) Die Stadt Thun hat die Ausnahmegewilligung für das Überschreiten der Ausnützungsziffer im Zusammenhang mit der Wohnraumerweiterung verweigert und den Bauabschlag erteilt. Sie erwog, dass keine besonderen Verhältnisse vorlägen. Bei der Erweiterung eines einzelnen Wohnraumes einer Dreieinhalb-Zimmer-Wohnung von baubewilligten 39.28 m² auf neu 49.56 m² könne nicht von einer verbesserten haushälterischen Bodennutzung gesprochen werden. In der Stellungnahme vom 10. Mai 2021 führte die Stadt Thun weiter aus, die Ausnahmegewilligung für die Überschreitung der Ausnützungsziffer im Jahr 2013 sei für den Liftanbau mit der Begründung des altersgerechten Wohnens erteilt worden. Eine weitere Ausnahmegewilligung gestützt auf die Begründung des Beschwerdeführers lehne sie ab. Die Erhöhung der Ausnützungsziffer in Etappen von kleineren Flächen sei unzulässig. Schliesslich bemerkte sie, einer Erweiterung liege regelmässig der Wunsch einer Verbesserung zugrunde.

c) Der Beschwerdeführer sieht die besonderen Verhältnisse darin begründet, dass er ein berechtigtes Interesse an einer sinnvollen Nutzung seines Grundstücks habe. Er bringt vor, der überdachte Terrassenteil könne ohne das fragliche Bauvorhaben aufgrund der Hitze in den Sommermonaten nur in einem beschränkten Rahmen genutzt werden. Auch sei zu beachten, dass die Ausnützungsziffer bereits im Jahr 2013 leicht überschritten gewesen sei. Diese gesetzeswidrige Rechtslage sei aber durch eine nachträgliche Baubewilligung der Rechtskonformität zugeführt worden. Die baulichen Anpassungen würden sodann für die optische Wirkung des Gebäudes keine Rolle spielen, weil durch die fragliche Erweiterung ein guter Gesamteindruck entstehe. Zudem könne dank Dreifachverglasung der Kunststoffenster ein besserer Wärmedämmeffekt erzielt werden, was aus ökologischen Aspekten zu befürworten sei. Weiter ist der Beschwerdeführer der Ansicht, dass öffentliche Interessen nicht beeinträchtigt seien, weil die baulichen Vorkehren keine Aussenwirkung zeigten. So werde das harmonische

²⁹ Vgl. pag. 240 der Vorakten der Stadt Thun

Ortsbild durch das Bauvorhaben nicht gestört. Auch eine Beeinträchtigung vom zivilen Nachbarrecht liege nicht vor, da sich auf seinem Attikageschoss keine andere Wohnung befände und die Wohnraumerweiterung für die Öffentlichkeit kaum einsehbar sei.

d) Nach Art. 26 BauG können Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn 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. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Ausnahmegrund keine absolute Grösse ist. Ob ein Sachverhalt als Ausnahmegrund genügen kann, hängt von drei Komponenten ab, nämlich vom Interesse der Bauherrschaft an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung.³⁰

e) Vorab ist festzuhalten, dass das umstrittene Vorhaben nicht anders beurteilt werden darf, weil es schon realisiert ist. Das Ausnahmegesuch ist gleich zu beurteilen, wie wenn es sich um ein ursprüngliches Baubewilligungsverfahren handeln würde. Die Erhöhung der Ausnützung hängt im vorliegenden Fall weder mit den Besonderheiten des Baugrundstücks noch den Besonderheiten des Bauvorhabens zusammen. Es liegt keine Situation vor, die vom kommunalen Gesetzgeber nicht vorausgesehen werden konnte oder die derart speziell wäre, dass die Einhaltung der Vorschrift zu einer ausgesprochenen Unbilligkeit oder Unzweckmässigkeit führen würde. Mit Bauentscheid vom 4. März 2021 wurde dem Beschwerdeführer eine Sonnenschutzmarkise bewilligt, die eine Fläche von 56 m² beschattet. Hinzu kommt, dass die Dreieinhalb-Zimmer-Attikawohnung ohne die Wohnraumerweiterung nach den Berechnungen des Beschwerdeführers schon heute eine Bruttogeschossfläche von mehr als 100 m² umfasst.³¹ Dass unter diesen Umständen das Grundstück nicht sinnvoll nutzbar sein soll, kann beim besten Willen nicht gesagt werden. Mit der Wohnraumerweiterung strebt der Beschwerdegegner vielmehr nach intensiver Ausnützung bzw. nach einer Ideallösung. Solche Beweggründe stellen von vornherein keine besonderen Verhältnisse dar und rechtfertigen keine Ausnahme. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach der Rechtsprechung bei Ausnahmen von der Ausnützungsziffer ohnehin besondere Zurückhaltung geboten ist.³²

f) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann im vorliegenden Fall auch nicht mehr von einer geringfügigen Abweichung gesprochen werden. Die nach dem BR zulässige Ausnützungsziffer soll – nachdem bereits im Jahr 2013 eine Ausnahmegewilligung für eine Überschreitung gewährt wurde – nun noch weiter, insgesamt um mehr als 70 Prozent, überschritten werden (0,86 statt 0,5). Auch hat die Vorschrift, von der abgewichen werden soll, nicht nur untergeordnete, sondern grundsätzliche Bedeutung: Die Ausnützungsziffer ist eine Ausdrucksform zur Festlegung der Baudichte, womit sich die räumliche Entwicklung steuern lässt.

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4; BVR 2015 S. 425 E. 5.1 mit Hinweisen

³¹ Vgl. pag. 240 der Vorakten der Stadt Thun

³² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4 Bst. c Lemma 4

Entsprechend erteilt die Stadt Thun Ausnahmen für die Überschreitung der Ausnützungsziffer nur bei einer sehr geringen Überschreitung und nur einzelfallweise. Angesichts des Masses, um das die Ausnützungsziffer im vorliegenden Fall überschritten werden soll, müsste der Beschwerdeführer gewichtige Gründe vorbringen, damit eine Ausnahmegewilligung erteilt werden könnte. Solche sind hier nicht ersichtlich: Das Gebot der haushälterischen Bodennutzung ist ein allgemeiner Grundsatz, der bei allen Um- und Ausbauprojekten angefügt werden kann und deshalb nach der Rechtsprechung keinen Ausnahmegrund darstellt.³³ Auch das Argument des besseren Wärmedämmeffekts verfängt nicht. Werden Teile der thermischen Gebäudehülle, beispielsweise Dach, Wand oder Fenster, ersetzt oder umgebaut, müssen diese so oder anders die Wärmedämmungsanforderungen der kantonalen Energieverordnung (KE nV³⁴) erfüllen. Schliesslich ändert wie erwähnt auch der Umstand, dass die Ausnützungsziffer mit der Ortsplanungsrevision abgeschafft werden soll, nichts (vgl. Erwägung 4e). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 26 BauG für eine Ausnahmegewilligung nicht gegeben, so kann nicht mit Berufung auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit die Ausnahme trotzdem gewährt werden.³⁵ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit dient dem Schutz vor Eingriffen in Freiheitsrechte und nicht zu ihrer Erweiterung über das gesetzlich Zulässige hinaus. Da besondere Verhältnisse, die das Überschreiten der maximal zulässigen Ausnützungsziffer durch die Wohnraumerweiterung rechtfertigten könnten, nicht ersichtlich sind, kann die benötigte Ausnahme nicht bewilligt werden. Es erübrigt sich deshalb im Rahmen der Ausnahmegewilligung zu prüfen, ob zudem öffentliche oder allenfalls nachbarliche Interessen der beantragten Ausnahme entgegenstehen.

g) Als Zwischenergebnis steht fest, dass die bereits ausgeführte Wohnraumerweiterung nicht bewilligungsfähig ist. Die Stadt Thun hat die Ausnahmegewilligung nach Art. 26 BauG für die Überschreitung der Ausnützungsziffer zu Recht verweigert und den Bauabschlag erteilt. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung der Baubewilligung unter Einräumung der Ausnahmegewilligung für das Nichteinhalten der maximal zulässigen Ausnützungsziffer ist abzuweisen.

6. Wiederherstellung

a) Im Fall des Bauabschlags entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwiefern der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Stadt Thun ordnete in der Ziffer 2.1 des Dispositivs an, dass die strittige Wohnraumerweiterung in den am 24. Mai 1965 baubewilligten Zustand zurückgebaut werden müsse. Die Gebäudehülle sei wieder auf die ursprüngliche Fassadenflucht zurückzubauen. Die Wärmedämmung der wieder zu erstellenden Gebäudehülle habe den Anforderungen der kantonalen Energieverordnung und dem Fachbericht EMN vom 16. Oktober 2020 zu entsprechen. Eine Verglasung dürfe nicht montiert werden. Ob die am 20. Juni 1969 baubewilligte Glastrennwand wieder montiert werde, stellte die Stadt Thun dem Beschwerdeführer frei.

b) Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf nicht Treu und Glauben widersprechen. 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.³⁶ Die Wiederherstellung des

³³ Vgl. VGE 2016/103 vom 11. Oktober 2016 E. 4.4

³⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 1 Bst. a der kantonalen Energieverordnung vom 26. Oktober 2011 (KE nV; BSG 741.111)

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-31 N. 3; VGE 2018/101 vom 19. März 2019 E. 5.8

³⁶ Vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9 und 9c Bst. a

rechtmässigen Zustands kann unverhältnismässig sein, 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, und ihre Fortsetzung nicht gewichtigen öffentlichen Interessen widerspricht.³⁷ Auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit kann sich auch ein Bauherr berufen, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er 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 gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen.³⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fällt eine Berufung auf den guten Glauben nur in Betracht, wenn die Bauherrschaft bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung berechtigt. Dabei darf vorausgesetzt werden, dass die grundsätzliche Bewilligungspflicht für Bauvorhaben allgemein bekannt ist.³⁹

c) Der Beschwerdeführer macht geltend, aufgrund der Geringfügigkeit der Abweichung von den baurechtlichen Vorschriften sei eine Störung des Ortsbildes oder «sicherheitspolitische» Bedenken zu verneinen. Mit Blick auf das öffentliche Interesse bestehe an der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands keine Notwendigkeit. Im Rahmen der Verhältnismässigkeit sei auch die Ortsplanungsrevision zu berücksichtigen. So könnte die strittige Wohnraumerweiterung in nicht allzu ferner Zukunft ohne Weiteres baubewilligt werden, weshalb eine Wiederherstellung besonders stossend wäre. Darüber hinaus würde ihn die Wiederherstellung erheblich belasten; der Rückbau verursache Kosten von rund CHF 61'500.00. Zusätzlich müsse er mit einer Verkehrswertreduktion von ca. CHF 25'000.00 rechnen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung könne sich auch ein nicht gutgläubiger Bauherr auf das Verhältnismässigkeitsprinzip stützen.

d) Diese Vorbringen überzeugen nicht: Der Einhaltung und Durchsetzung der baurechtlichen Bestimmungen und der konsequenten Verhinderung von Bauten und Anlagen, die der baurechtlichen Ordnung widersprechen, ist grosses Gewicht beizumessen. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist daher im Allgemeinen gegeben.⁴⁰ Dass die Wohnraumerweiterung von aussen nicht sichtbar ist, ändert daran nichts. Die angeordneten Rückbaumassnahmen sind klar definiert. Der Rückbau bezieht sich nach der Formulierung in der Ziffer 2.1 des Dispositivs nur auf die unbewilligte Wohnraumerweiterung. Das «Entrée» im Bereich der ursprünglich offenen Terrasse, das die Stadt Thun mit Bauentscheid vom 7. August 2013 im Zusammenhang mit dem Liftanbau bewilligte, ist von der Wiederherstellung nicht betroffen und muss nicht zurückgebaut werden.

e) Die Anordnung der Stadt Thun, den Wohnraum in den baubewilligten Zustand vom 24. Mai 1965 zurückzubauen, ist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes geeignet und erforderlich. Mildere Massnahmen, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte, werden weder vom Beschwerdeführer aufgezeigt, noch sind solche unter den gegebenen Umständen ersichtlich. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann hier nicht von einer geringfügigen Abweichung vom Erlaubten gesprochen werden (vgl. E. 5f). Unzutreffend ist auch, dass die Wohnraumerweiterung in nicht allzu ferner Zukunft baubewilligt werden könnte (vgl. Erwägung 4e). Dass der Beschwerdeführer die Wohnraumerweiterung rückgängig machen muss, ist die gesetzlich vorgesehene Konsequenz für sein rechtswidriges Vorgehen. Der Beschwerdeführer

³⁷ BGE 132 II 21 E. 6 mit Hinweis

³⁸ BGE 132 II 21 E. 6.4 mit Hinweis

³⁹ Vgl. dazu und zum Ganzen: Urteil 1C_10/2019 vom 15. April 2020 E. 5.1 mit Hinweisen; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Bern 2020, Art. 46 N. 9b

⁴⁰ BVR 2004 S. 440 E. 4.6, 2003 S. 97 E. 3d; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a

beruft sich zu Recht nicht auf seine Gutgläubigkeit. Vielmehr handelte er wider besseres Wissen: So war dem Beschwerdeführer mit dem negativen Bescheid der Stadt Thun im Zusammenhang mit der Bauanfrage vom 15. März 2012 unmissverständlich klar, dass die Wohnraumerweiterung aufgrund der Überschreitung der Ausnützungsziffer nicht zulässig ist. Entsprechend reichte der Beschwerdeführer das Baugesuch vom 31. Januar 2013 ohne Erweiterung des Attikageschosses ein. In vollem Wissen um die formelle und materielle Rechtswidrigkeit einer allfälligen Wohnraumerweiterung erweiterte der Beschwerdeführer seine Attikawohnung bzw. das Attikageschoss dennoch. Der Beschwerdeführer hat sich damit im baurechtlichen Sinn krass bösgläubig verhalten. Unter den gegebenen Umständen kommen den finanziellen Nachteilen, die dem Beschwerdeführer durch den Rückbau entstehen, im Vergleich zum öffentlichen Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der baurechtlichen Bestimmungen und der consequenten Verhinderung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen, kein ausschlaggebendes Gewicht zu. Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts selbst dann, wenn die Rückbaukosten sehr hoch sind.⁴¹ Nach dem Gesagten werden die privaten Interessen des Beschwerdeführers an der Beibehaltung des rechtswidrigen Zustands von den öffentlichen, für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sprechenden Interessen, klar übertroffen. Die angeordnete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ist für den Beschwerdeführer nach dem Gesagten zumutbar und verhältnismässig. Die Wiederherstellungsverfügung der Stadt Thun ist somit nicht zu beanstanden; sie ist sachlich geboten und rechtlich haltbar. Auch in diesem Punkt ist die Beschwerde unbegründet. Der Eventualantrag, auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sei zu verzichten, ist abzuweisen.

f) Soweit der Beschwerdeführer eventuell weiter verlangt, es sei festzustellen, dass die Wiederherstellungsverfügung vom 4. März 2021 unverhältnismässig sei, kann diesbezüglich mangels Rechtsschutzinteresses auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Nach Lehre und Rechtsprechung bedürfen Feststellungsbegehren eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses.⁴² So sind Feststellungsbegehren gegenüber rechtsgestaltenden Begehren grundsätzlich subsidiär und damit nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der Partei, die das Feststellungsbegehren stellt, nicht mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren gewahrt werden kann. Dies ist hier nicht gegeben, da der Beschwerdeführer sowohl mit der beantragten Aufhebung des Entscheids bezüglich der Wohnraumerweiterung wie auch mit dem Antrag auf den Verzicht der Wiederherstellungsanordnung rechtsgestaltende Rechtsbegehren stellt.

g) Die angesetzte Wiederherstellungsfrist (27. August 2021) ist während des Beschwerdeverfahrens abgelaufen. Die BVD setzt die Wiederherstellungsfrist neu auf den 29. April 2022 an. Die angesetzte Frist von rund einem halben Jahr erscheint grosszügig und angemessen.

7. Kosten

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 1800.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁴³). Die Stadt

⁴¹ BGE 132 II 21 E. 6.4; BVR 2003 S. 97 E. 3b; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. c

⁴² BGE 135 II 60 E. 3.3.2, 126 II 300 E. 2c; BGer 2C_423/2012 vom 9.12.2012, E. 4.2; BVR 2014 S. 33 E. 1.4, 2011 S. 564 E. 3.3, 2010 S. 337 E. 3.2, 2007 S. 441 E. 5.2; VGE 2013/49 vom 14. April 2014, E.1.3, 2013/335 vom 16. April 2014, E. 1.2, 2012/274 vom 19. November 2013, E. 5.1; Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 74

⁴³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Thun hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 4 VRPG). Parteikosten werden keine gesprochen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Bauentscheid der Stadt Thun vom 4. März 2021 wird, soweit den Teilbauabschlag mit Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes für die Wohnraumerweiterung betreffend, bestätigt.
2. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wird bezüglich der Wohnraumerweiterung auf den 29. April 2022 angesetzt.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 1800.00 werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt D._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Stadt Thun, Bauinspektorat, 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 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.