



Bau- und Verkehrsdirektion

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

BVD 110/2022/142

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 13. Januar 2023

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **C.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **D.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Rechtsanwalt E._____

und

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Münsingen, Gemeindeverwaltung, Thunstrasse 1,
3110 Münsingen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Münsingen vom 19. Juli 2022 (Baugesuch Nr. 616-19.054-1; Windschutzverglasung, Konstruktion zur Montage eines Netzes, Stützen)

I. Sachverhalt

1. Mit Gesamtentscheid vom 16. September 2019 erteilte die Gemeinde Münsingen den Beschwerdeführenden die Baubewilligung für den Anbau eines Lifes mit Glasabschluss im Zugangsbereich des Attikageschosses, die Sitzplatzüberdachung mit einem Glasvordach auf der Südseite des Attikageschosses, eine Windschutzverglasung auf der Südwestseite des Attikageschosses, eine Windschutzverglasung auf der Nordseite des Attikageschosses (innerkant der Brüstung), die Anpassung des Eingangsbereichs im Erdgeschoss, die Sanierung der Gebäudefassaden inkl. Erhöhung der Balkongeländer sowie die Sanierung des Garagendaches auf der Parzelle Münsingen Grundbuchblatt Nr. G._____.¹ Die Parzelle liegt in der Wohnzone W3.

Am 20. Dezember 2020 erkundigten sich A._____ und B._____ aus der Nachbarschaft bei der Gemeinde, ob die im Attikageschoss seit kurzem angebrachten Glaswände bewilligt worden seien. In der Folge wies die Gemeinde die Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 24. Februar

¹ Vgl. Grundriss/Schnitte, Plan Nr. 32.2.1 vom 4.7.2019 (bewilligt am 8.7.2019) und Fassaden, Plan Nr. 32.4.1 vom 14.6.2019 (bewilligt am 8.7.2019), je bei den Akten der Staatsanwaltschaft

2021 darauf hin, sie habe anlässlich der nachträglichen Bauabnahme vom 21. Januar 2021 Abweichungen zu den am 16. September 2019 bewilligten Plänen festgestellt. Die Gemeinde teilte den Beschwerdeführenden mit, sie beabsichtige, die Wiederherstellung des rechtmässigen (baubewilligten) Zustandes zu verfügen, wobei die Möglichkeit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuches bestehe. Die Beschwerdeführenden erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Beschwerdeführenden reichten am 24. März 2021 ein nachträgliches Baugesuch bei der Gemeinde ein für das Erstellen einer Glaseinhausung im Erdgeschoss (nordseitig), einen Velounterstand (nordseitig) und die Umgestaltung des Untergeschosses. Hinsichtlich des Attikageschosses ersuchten sie um Bewilligung des Verschiebens der Windschutzverglasung im Südwesten, das Verschieben der Windschutzverglasung im Norden (ausserkant der Brüstung), die zusätzliche Erstellung einer Windschutzverglasung im Südosten, das Erstellen von zwei Vordachstützen beim Glasvordach und das Erstellen einer Metallkonstruktion mit acht Metallstäben zur Montage eines Katzenschutznetzes, je auf der Südseite des Attikageschosses. Zudem stellten die Beschwerdeführenden am 11. Mai 2021 Ausnahmegesuche für das Unterschreiten des Strassenabstandes, das Überschreiten der Gebäudehöhe und der zulässigen Geschosshöhe. Gegen das Bauvorhaben ging am 8. Juli 2021 eine Einsprache von A. _____ und B. _____ ein.

Mit Bauentscheid vom 19. Juli 2022 verfügte die Gemeinde Folgendes (Bst. D des Entscheides):

- 1.1 die nachträgliche Baubewilligung für das
 - a) Erstellen eines zusätzlichen Raumes im Untergeschoss
 - b) Erstellen von Windschutzverglasungen beim Zugang im Erdgeschoss
 - c) Erstellen eines Velounterstandes im Strassenabstand
 - d) Verschieben der Windschutzverglasung im Attika nordseitig
- 1.2 die Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Strassenabstandes nach Art. 28 BauG für den Velounterstand und die Verglasung im Hochparterre (leicht entfernbare Bauteile auf Zuseher hin). Die Bewilligung kann jederzeit entschädigungslos widerrufen werden.
- 1.3 den Bauabschlag für folgende Teile des eingangs umschriebenen Vorhabens:
 - a) Verschieben einer Windschutzverglasung auf der Südseite im Attika
 - b) Erstellen einer zusätzlichen Windschutzverglasung im Attika
 - c) Erstellen einer Konstruktion zur Montage eines Netzes auf der Südseite im Attika
 - d) Erstellen von zwei Stützen beim Glasdach auf der Südseite des Attikas
- 1.4 die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes für
 - a) die Windschutzverglasung auf der Süd-West-Seite im Attika ist um mindestens 1.40 m ab der westlichen Fassadenflucht des Attikageschosses auf den Flügelrahmen des ersten Fensters des bestehenden Attikafensters zurück zu schieben.
 - b) die Windschutzverglasung auf der Süd-Ost-Seite im Attika ist um mindestens 1.40 m ab der östlichen Fassadenflucht des Attikageschosses auf den Flügelrahmen des ersten bestehenden Attikafensters zurück zu schieben.
 - c) die Metallkonstruktion und das Schutznetz sind zu demontieren.
 - d) die zwei Stützen beim Glasdach auf der Südseite des Attikas sind zu demontieren.

Hinsichtlich Bst. D Ziff. 1.4 setzte die Gemeinde den Beschwerdeführenden eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bis am 31. Oktober 2022. Gleichzeitig drohte sie die Ersatzvornahme und die Kostenfolgen bei Nichtbefolgung an.

2. Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführenden am 18. August 2022 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei der Gesamtbauentscheid Nr. 616-19.054-1 der Einwohnergemeinde Münsingen vom 19. Juli 2022 in Bezug auf die angesetzte Wiederherstellungsfrist bis spätestens am 31. Oktober 2022 betreffend die Wiederherstellungsmassnahmen gemäss Bst. D Ziff. 1.4.a und Bst. D Ziff. 1.4.b aufzuheben und eine sechsmonatige Wiederherstellungsfrist anzusetzen;
2. Es seien Bst. D Ziff. 1.3.c, Bst. D Ziff. 1.3.d, Bst. D Ziff. 1.4.c, Bst. D Ziff. 1.4.d des Gesamtbauentscheids Nr. 616-19.054-1 der Einwohnergemeinde Münsingen vom 19. Juli 2020 aufzuheben;
3. Es sei festzustellen, dass die Metallkonstruktion und das Schutznetz sowie die zwei Stützen beim bereits bewilligten Glasdach auf der Südseite des Attikas baubewilligungsfrei erstellt werden können und es sei auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands betreffend Bst. D Ziff. 1.4.c und Bst. D Ziff. 1.4.d des Gesamtbauentscheids Nr. 616-19.054-1 der Einwohnergemeinde Münsingen vom 19. Juli 2022 zu verzichten;
4. Eventualiter zu Ziff. 3: Dem nachträglichen Baugesuch der Beschwerdeführenden vom 23. März 2021 sei betreffend:
 - Metallkonstruktion und Schutznetz (Bst. D Ziff. 1.3.c des Gesamtbauentscheids Nr. 616-19.054-1) sowie
 - zwei Stützen beim bereits bewilligten Glasdach auf der Südseite des Attikas (Bst. D Ziff. 1.3.d des Gesamtbauentscheids Nr. 616-19.054-1) die Baubewilligung zu erteilen;
5. Subeventualiter zu Ziff. 3 bis 4: Es sei die Angelegenheit zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen;

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zzgl. MWSt -.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Es gab der Einsprecherin und dem Einsprecher des vorinstanzlichen Verfahrens Gelegenheit, sich am Beschwerdeverfahren als Partei zu beteiligen. Die Einsprecherin und der Einsprecher haben jedoch keine Beschwerdeantwort eingereicht.

Die Gemeinde teilte der BVD telefonisch mit, dass sich die Originaldokumente bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Bern-Mittelland (Verfahrensnummer BM I._____) befänden. Mit Schreiben vom 9. September 2022 stellte die Staatsanwaltschaft der BVD die Strafanzeige der Gemeinde vom 9. April 2021, das E-Mail der Staatsanwaltschaft vom 4. August 2021 und das Antwortschreiben der Gemeinde vom 26. August 2021, je inkl. Beilagen, zu. Der zuständige Staatsanwalt ersuchte zudem um Mitteilung des Rechtsmittelentscheides.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 14. September 2022 beantragte die Gemeinde, die Beschwerde sei vollumfänglich und in allen Punkten abzuweisen. Der Wiederherstellungstermin sei neu anzusetzen.

Mit Verfügung vom 16. November 2022 holte das Rechtsamt den durch die Gemeinde am 19. Juli 2022 bewilligten kompletten Plansatz bei den Beschwerdeführenden ein.

4. Auf die Rechtsschriften und die Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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)

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung. Dagegen kann innert 30 Tagen seit Eröffnung Baubeschwerde bei der BVD erhoben werden (Art. 40 und Art. 49 Abs. 1 BauG³). Die BVD ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

b) Zur Beschwerde gegen Bauentscheide befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Baugesuch abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert. Ausserdem sind die Beschwerdeführenden als Adressatin und Adressat durch die angefochtene Wiederherstellungsverfügung beschwert (vgl. Art. 65 Abs. 1 Bst. a - c VRPG⁴). Sie sind daher zur Beschwerde gegen den Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung legitimiert. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen einzutreten.

2. Anfechtungsobjekt und Streitgegenstand

a) Anfechtungsobjekt in einem Beschwerdeverfahren 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 gilt die Verfügungs- oder Dispositionsmaxime sowie das Rügeprinzip. Die Parteien können den Streitgegenstand im Verlauf des Verfahrens nicht erweitern, sondern nur einschränken.⁵

b) Vorliegend angefochten ist ein Bauentscheid mit Wiederherstellungsverfügung. Gegen die Ziff. D. 1.1, D. 1.2, D. 1.3.a sowie D. 1.3.b des angefochtenen Entscheids erheben die Beschwerdeführenden in ihrer Beschwerde vom 18. August 2022 keine Einwände. Diese Ziffern des Bauentscheids sind damit unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

3. Rechtsbegehren

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sei mit Gutheissung des Hauptantrages noch nicht gesagt, ob die Baute rechtmässig sei, weil sie bewilligungsfrei habe erstellt oder nachträglich bewilligt werden können. In rechtlicher Hinsicht mache es einen Unterschied, ob eine Baute rechtmässig erstellt oder ob auf ihre Entfernung aus anderen Gründen verzichtet worden sei. Das Feststellungsbegehren Nr. 3 sei zulässig. Ausserdem beantragen die Beschwerdeführenden eventualiter zu ihrem Rechtsbegehren Nr. 3, dass dem nachträglichen Baugesuch vom 23. März 2021 betreffend die Metallkonstruktion, das Schutznetz sowie zwei Stützen beim bereits bewilligten Glasdach auf der Südseite des Attikas die Baubewilligung zu erteilen sei.

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

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

⁵ Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 72 N. 12 bis 14

Die Gemeinde hat sich in ihrer Beschwerdeantwort nicht zum Feststellungsbegehren geäussert. Hinsichtlich des Eventualantrags bringt sie vor, sie habe in allen Punkten über das Baugesuch entschieden, die Entscheide ausreichend begründet und auf die lokalen und kantonalen Vorschriften abgestützt. Auf den Eventualantrag könne nicht eingetreten werden.

b) Feststellungsbegehren sind nur zulässig, wenn ein spezifisches Feststellungsinteresse besteht. Gegenüber Leistungs- oder Gestaltungsbegehren sind Feststellungsbegehren grundsätzlich subsidiär und nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse der das Feststellungsbegehren stellenden Partei mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren nicht gewahrt werden kann.⁶ Lautet der gutzuheissende Hauptantrag auf Aufhebung des angefochtenen Bauentscheides, ist damit noch nicht geklärt, ob die Rechtmässigkeit der Baute in ihrer Bewilligungsfreiheit oder einer nachträglichen Baubewilligung gründet. In rechtlicher Hinsicht besteht zum Beispiel in Bezug auf die Besitzstandsgarantie nach Art. 3 BauG ein Unterschied, ob eine Baute rechtmässig erstellt wurde oder ob sie rechtswidrig ist und auf ihre Entfernung etwa aus Gründen des Vertrauensschutzes oder der Verhältnismässigkeit verzichtet wurde. Weil nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheids in Rechtskraft erwächst, haben Beschwerdeführende gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung gegebenenfalls ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Baubewilligungsfreiheit.⁷

c) Die Beschwerdeführenden verlangen mit ihrem Rechtsbegehren Nr. 2 die Aufhebung des angefochtenen Bauentscheides mit Wiederherstellungsverfügung hinsichtlich Bst. D Ziff. 1.3.c, Bst. D Ziff. 1.3.d, Bst. D Ziff. 1.4.c und Bst. D Ziff. 1.4.d. In ihrem Rechtsbegehren Nr. 3 verlangen sie die Feststellung, dass die Metallkonstruktion und das Schutznetz sowie die zwei Stützen beim bereits bewilligten Glasdach auf der Südseite des Attikas baubewilligungsfrei erstellt werden können und auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands betreffend Bst. D Ziff. 1.4.c und Bst. D Ziff. 1.4.d des angefochtenen Entscheids zu verzichten sei. Soweit das Rechtsbegehren Nr. 2 gutzuheissen wäre, bestünde nach wie vor die Unklarheit, ob die Bauten baubewilligungsfrei hätten erstellt werden dürfen oder ob beispielsweise aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf eine Wiederherstellung verzichtet werden müsste. Die Beschwerdeführenden haben damit ein schutzwürdiges Interesse an ihrem Feststellungsbegehren, es ist darauf einzutreten.

d) Eventualbegehren dürfen grundsätzlich gestellt werden, insbesondere für den Fall, dass einem Hauptbegehren nicht entsprochen wird. Die betreffende Partei gibt damit vor, welches Begehren zuerst behandelt werden soll. Der Behörde ist es aufgrund der Dispositionsmaxime grundsätzlich verwehrt, von dieser Reihenfolge abzuweichen. Das Hauptbegehren braucht dabei nicht weiter zu gehen als der Eventualantrag. Eventualbegehren sind deshalb selbst dann als solche – und nicht von Amtes wegen als Hauptbegehren – zu verstehen und zu prüfen, wenn sie über das Hauptbegehren hinausgehen und von der Sache her eigentlich den Hauptantrag bilden.⁸

e) Mit dem Rechtsbegehren Nr. 4 stellen die Beschwerdeführenden ein Eventualbegehren und beantragen sinngemäss, dem nachträglichen Baugesuch sei die Baubewilligung zu erteilen, soweit das Rechtsbegehren Nr. 3 nicht gutgeheissen wird. Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist zu prüfen, ob das Bauvorhaben wenigstens teilweise bewilligt werden kann (Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG). Das Rechtsbegehren Nr. 4 ist daher zulässig und es ist darauf einzutreten, soweit das Rechtsbegehren Nr. 3 nicht gutgeheissen werden kann.

⁶ BVR 2016 S. 273 E. 2.2; BVR 2014 S. 33 E. 1.4; Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 73 und N. 74

⁷ BVR 2016 S. 273 E. 2.4; VGE 2015/106 vom 8.10.2015 E. 1.2

⁸ Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 32 N. 16 und N. 19

4. Rechtliches Gehör, Begründungspflicht

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 21 ff. VRPG verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Parteien sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Die Behörde muss wenigstens kurz die Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Sie muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.⁹

Eine Gehörsverletzung ist im Beschwerdeverfahren auch ohne entsprechende Rüge von Amtes wegen aufzugreifen.¹⁰ Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formeller Anspruch; die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine Gehörsverletzung kann aber geheilt werden, wenn die Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Eine Heilung kommt in erster Linie bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen in Frage. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Heilung aber auch bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen nicht ausgeschlossen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.¹¹ Die Heilung des rechtlichen Gehörs ist bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.¹²

b) Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Entscheid zwar mit den rechtlichen Grundlagen für die Anordnung einer Wiederherstellung auseinandergesetzt und darauf hingewiesen, dass eine solche unter anderem verhältnismässig sein müsse. Sie hat jedoch nicht begründet, weshalb die angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen im vorliegenden Einzelfall verhältnismässig sind. Insbesondere hat sie deren Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit nicht konkret erläutert. Die Gemeinde kam ihrer Begründungspflicht diesbezüglich nicht vollumfänglich nach und hat daher das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden verletzt. Als erste Rechtsmittelinstanz kann die BVD das Bauvorhaben frei prüfen (Art. 40 Abs. 3 BauG). Sie hat dieselbe Kognition wie die Vorinstanz. Damit haben die Beschwerdeführenden ihre Rechte im Beschwerdeverfahren umfassend wahrnehmen können und die Gehörsverletzung konnte geheilt werden, wobei dies bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen ist.

5. Vertrauensschutz

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, der Bauentscheid vom 16. September 2019 habe Ausnahmegewilligungen betreffend die Überschreitung der Gebäudehöhe, die Geschosshöhe (es seien vier Vollgeschosse bewilligt worden) sowie bezüglich der Unterschreitung des Strassenabstandes umfasst. Die Gemeinde sei aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben

⁹ BGE 140 II 262 E. 6.2; BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2; Michel Daum, a.a.O., Art. 52 N. 7

¹⁰ Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 12

¹¹ BGE 144 I 11 E. 5.3, BGE 142 II 218 E. 2.8.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 21 N. 9 bis N. 11

¹² Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 21 und N. 39

(Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 9 BV¹³) und dem daraus fließenden Vertrauensschutz an diese rechtskräftige Baubewilligung gebunden.

Die Gemeinde ihrerseits führt aus, die Besitzstandsgarantie und der Vertrauensschutz könnten nicht angerufen werden. Den Beschwerdeführenden sei mit der Erteilung der Baubewilligung der Rahmen der genehmigten Bauten und Anlagen eröffnet worden.

b) Das Gebot von Treu und Glauben ist in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV sowie in Art. 11 Abs. 2 KV¹⁴ verankert. Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Das Gebot von Treu und Glauben beinhaltet den Grundsatz des Vertrauensschutzes, demzufolge sich Private auf behördliche Handlungen, die berechtigterweise bestimmte verhaltenswirksame Erwartungen wecken, verlassen dürfen. Verfügungen und Entscheide kommen als Vertrauensgrundlage in Frage, da diese den Privaten Klarheit über ihre konkreten Rechte und Pflichten verschaffen.¹⁵ Voraussetzung für eine Berufung auf den Vertrauensschutz ist, dass die betroffene Person sich berechtigterweise auf die Vertrauensgrundlage verlassen durfte und gestützt darauf Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr ohne Nachteil rückgängig machen kann. Zwischen Vertrauen und Disposition muss ein Kausalzusammenhang gegeben sein, d.h. die betroffene Person hätte die Disposition nicht ohne Kenntnis der Vertrauensgrundlage vorgenommen. Zusätzlich dürfen dem Vertrauensschutz keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.¹⁶ Wird der Vertrauensschutz bejaht, ist die Behörde an die Vertrauensgrundlage gebunden. Der Vertrauensschutz kann der Privatperson unter Umständen auch einen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat verschaffen.¹⁷

Bau- und Ausnahmbewilligungen können durchaus eine Vertrauensgrundlage i.S.v. Art. 9 BV sein.¹⁸ Grundsätzlich gilt aber, dass Bauarbeiten, die nicht aus der Baubewilligung und den genehmigten Plänen hervorgehen, nicht bewilligt worden sind.¹⁹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften nur gewährt werden können, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 1 BauG). Ausnahmbewilligungen erfordern immer eine Interessenabwägung im konkreten Einzelfall.²⁰ Wird eine Ausnahmbewilligung erteilt, bezieht sich diese daher stets auf ein bestimmtes Bauvorhaben. Bei einer Abweichung vom bewilligten Bauvorhaben, einer Ergänzung desselben oder bei einem neuen Bauvorhaben kann dementsprechend nicht davon ausgegangen werden, dass ein Anspruch auf eine weitere Ausnahmbewilligung besteht. Eine in einem vorgängigen Baubewilligungsverfahren erteilte Ausnahmbewilligung stellt insofern keine Vertrauensgrundlage gemäss Art. 9 BV dar.

c) Mit Bauentscheid vom 16. September 2019 erteilte die Gemeinde den Beschwerdeführenden eine Ausnahmbewilligung für das Unterschreiten des Strassenabstandes durch die Liftanlage und die Veloabstellplätze. Zudem erteilte sie die Ausnahmbewilligung für das Überschreiten der zulässigen Gebäudehöhe und der Geschosshöhe durch die neue Liftanlage. Die Ausnahmbewilligungen wurden nicht generell, sondern in Bezug auf die am 16. September 2019 genehmigten Baupläne, d.h. konkret die Liftanlage und die Veloabstellplätze, erteilt. Mit den

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁴ Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)

¹⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, N. 628 ff.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 2C_199/2017 vom 12.6.2018 E. 3.3; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 659 und N. 663 ff.

¹⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 700 ff.

¹⁸ Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 628

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

²⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 6 und N. 7

vorliegend umstrittenen zwei Stützen für das Glasdach, der Metallkonstruktion und dem Katzenschutznetz im Attikageschoss sind die Beschwerdeführenden unbestrittenermassen von diesen Bauplänen abgewichen. Die mit Bauentscheid vom 16. September 2019 erteilten Ausnahmegewilligungen stellen bereits aus diesem Grund keine Vertrauensgrundlage dar. Hinzu kommt, dass die hier umstrittenen Bauvorhaben nicht Teil der erforderlichen Interessenabwägung im Bauentscheid vom 16. September 2019 waren. Die Beschwerdeführenden konnten daher nicht davon ausgehen, die Bauvorhaben ohne Weiteres realisieren zu können. Es besteht kein Raum für die Bejahung des Vertrauensschutzes.

6. Veränderung der Ausgangslage im Beschwerdeverfahren

a) Die Beschwerdeführenden akzeptieren die Verschiebung der Windschutzverglasungen auf der Südwest- und der Südostseite des Attikageschosses je auf den Flügelrahmen des ersten bestehenden Attikafensters gemäss Bst. D Ziff. 1.4a/b des angefochtenen Entscheids. Sie erklären, dementsprechend würden sie auch das transparente Katzenschutznetz im Umfang der äussersten Eisenstäbe auf der Ost- und der West-Seite demontieren und auf die Höhe der verschobenen Windschutzverglasung versetzen. Damit bestünden noch sechs Eisenstäbe und es ergebe sich eine neue Ausgangslage.

b) Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren haben die Behörden von Amtes wegen zu prüfen, ob wenigstens ein Teil des Bauvorhabens bewilligt werden kann, wenn das Ganze nicht bewilligungsfähig ist (vgl. Art. 46 Abs. 2 Bst. c BauG). Sie haben auch allfällige Eventualanträge (auch noch in oberen Instanzen) entgegenzunehmen. Die Abweichung vom Projektänderungsverfahren nach Art. 43 BewD²¹ rechtfertigt sich, weil das Bauvorhaben bereits ausgeführt ist. Auf entsprechenden Antrag hin ist auch zu prüfen, ob das Ausgeführte überhaupt baubewilligungspflichtig ist.²²

c) Gemäss Fassadenplan vom 23. April 2021 wollten die Beschwerdeführenden an der Südfassade ursprünglich acht Eisenstäbe für die Montage des Katzenschutznetzes errichten. Aus ihren Ausführungen in der Beschwerde folgt, dass sie ihr nachträgliches Baugesuch reduzieren wollen. Nachfolgend ist somit zu beurteilen, ob die auf die Höhe der Windschutzverglasung auf der Südwest- und der Südostseite versetzte Metallkonstruktion mit nur noch sechs Stützen baubewilligungspflichtig und, falls dies bejaht wird, auch bewilligungsfähig ist.

7. Baubewilligungspflicht

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die sechs Eisenstäbe, das transparente Katzenschutznetz sowie die zwei statisch notwendigen Stützen für das bereits bewilligte Glasdach seien mit den baubewilligungsfrei erstellbaren Bauten gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BewD vergleichbar. Es handle sich um geringfügige, von aussen kaum einsehbare Einrichtungen. Das Attikageschoss bzw. dessen Baukörper sei erkennbar. Auf dem Rücksprung gälten, zumal der Baukörper des Attikageschosses nicht vergrössert werde, keine anderen Massstäbe für die Beurteilung der Baubewilligungsfreiheit. Die Einrichtungen seien daher baubewilligungsfrei.

In ihrer Beschwerdeantwort führt die Gemeinde aus, feste Bauten und Anlagen innerhalb des vom Gemeindebaureglement geforderten Attikarücksprungs (Freihaltebereich) seien nicht

²¹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

²² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 14; vgl. VGE 2017/133 vom 18.7.2019 E. 8.1

baubewilligungsfrei. Das gelte auch für die Metallkonstruktion, dauernd installierte Schutznetze und die festen Stützen. In Art. 6 Abs. 1 BewD seien Aufbauten in Attikarücksprüngen nicht als baubewilligungsfreie Anlagen von geringer Bedeutung aufgeführt. Das Bauvorhaben könne gemäss Praxis der Gemeinde auch nicht unter Art. 6 Abs. 2 BewD subsumiert werden.

b) Baubewilligungspflichtig sind alle künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Bauten, Anlagen und Einrichtungen (Bauvorhaben), die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Art. 1a Abs. 1 BauG). Demgegenüber keiner Baubewilligung bedürfen insbesondere der Unterhalt von Bauten und Anlagen, für eine kurze Dauer erstellte Bauten und Anlagen sowie andere geringfügige Bauvorhaben. Im Übrigen bestimmt das Baubewilligungsdekret die baubewilligungsfreien Bauvorhaben (Art. 1b Abs. 1 BauG). Art. 6 Abs. 1 und Art. 6a Abs. 1 BewD zählen die bewilligungsfreien Vorhaben grundsätzlich abschliessend auf. Mit Art. 6 Abs. 2 und Art. 6a Abs. 2 BewD bestehen Auffangbestimmungen, denen zufolge auch alle Vorhaben baubewilligungsfrei sind, die von gleicher oder geringerer Bedeutung als die in Art. 6 Abs. 1 und Art. 6a Abs. 1 BewD genannten Vorhaben sind.²³ Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BewD bedürfen beispielsweise kleine Nebenanlagen wie mobile Einfriedungen, kurze Sichtschutzwände bis zu zwei Metern Höhe, Gehege oder kleine Ställe für einzelne Kleintiere keiner Baubewilligung. Diese Bestimmung ist jedoch auf kleine, ebenerdige Nebenanlagen und nicht auf Dachaufbauten oder Attikageschosse zugeschnitten.²⁴ Im Bereich des Attikageschosses ist besonders zu berücksichtigen, dass dieses bei mindestens einer ganzen Fassade gegenüber dem darunter liegenden Geschoss um ein festgelegtes Mass zurückversetzt sein muss (vgl. Art. 21 Abs. 1 BMBV²⁵ oder auch Art. 19 Abs. 1 NBRD²⁶). Sinn und Zweck dieses sogenannten Attikarücksprungs bzw. Freihaltebereiches besteht darin, dass das Attikageschoss nicht als ein weiteres Vollgeschoss in Erscheinung tritt und das Gebäude weniger wuchtig wirkt. Es würde diesem Sinn und Zweck zuwiderlaufen, wenn ansonsten baubewilligungsfreie Vorhaben wie beispielsweise bis zu zwei Meter hohe Sichtschutzwände oder ähnliche Vorhaben ohne Weiteres auch im Freihaltebereich des Attikageschosses montiert werden dürfen. Folglich gelten die in Art. 6 BewD genannten baubewilligungsfreien Tatbestände nicht vollumfänglich für das Attikageschoss bzw. dessen Freihaltebereich. Feste bauliche Veränderungen im Freihaltebereich des Attikageschosses sind vielmehr baubewilligungspflichtig.

c) Die Beschwerdeführenden haben zwei Stützen für das Glasdach (innerkant der Brüstung) und acht bzw. sechs Eisenstäbe für die Montage eines transparenten Katzenschutznetzes (ausserkant der Brüstung) im Attikarücksprung errichtet. Sie machen geltend, dass die zwei Glasdachstützen aus statischen Gründen notwendig seien. Es ist daher davon auszugehen, dass es sich um feste, dauerhafte Einrichtungen handelt. Dasselbe gilt auch für die acht bzw. sechs Eisenstäbe für die Montage eines transparenten Katzenschutznetzes. Um eine gewisse Stabilität des Katzenschutznetzes zu erreichen, müssen die Eisenstäbe fest angebracht werden. Hinzu kommt, dass die Einrichtungen im Attikarücksprung deutlich in Erscheinung treten, da sie innerkant und ausserkant der Brüstung montiert sind (siehe hierzu sogleich die nachfolgenden Erwägungen). Wie aufgezeigt können solche festen Einrichtungen im Freihaltebereich des Attikageschosses nicht als geringfügige Bauvorhaben i.S.v. Art. 1b Abs. 1 BauG bzw. Art. 6 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BewD betrachtet werden. Die zwei Glasdachstützen und die acht bzw. sechs Eisenstäbe für die Montage eines transparenten Katzenschutznetzes sind somit baubewilligungspflichtig. Das transparente Katzenschutznetz kann nur montiert werden, sofern

²³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1b N. 1

²⁴ Vgl. BVE 110/2008/185 vom 25.6.2010 E. II.2.c

²⁵ Verordnung vom 25. Mai 2011 über die Begriffe und Messweisen im Bauwesen (BMBV; BSG 721.3)

²⁶ Dekret vom 10. Februar 1970 über das Normalbaureglement (NBRD; BSG 723.13)

auch die Konstruktion aus acht bzw. sechs Eisenstäben besteht. Es kann daher offen gelassen werden, ob das transparente Katzenschutznetz an sich baubewilligungspflichtig ist oder nicht.

8. Baupolizeiliche Masse

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Bestimmungen des Gemeindebaureglements zur Gebäudehöhe kämen nicht zur Anwendung. Das Bauvorhaben bestehe aus zwei von der östlichen und westlichen Fassadenflucht des Attikageschosses zurückversetzten und vollkommen transparenten Windschutzgläsern auf der Südost- und der Südwestseite, einer Eisenstabkonstruktion mit sechs Eisenstäben, einem transparenten Katzenschutznetz sowie zwei statisch notwendigen Stützen für das Glasdach (ohne die Stützen sei das bereits bewilligte Glasdach stark einsturzgefährdet). Es handle sich um geringfügige, zweckgebundene Einrichtungen, die von aussen kaum auffallen würden. Es seien nicht Einrichtungen mit gebäudeähnlichem Charakter, sondern technische Aufbauten, für welche die Vorschriften zur Gebäudehöhe nicht gelten würden. Folglich sei auch keine Ausnahmegewilligung für die Überschreitung der Gebäudehöhe erforderlich. Zudem würden die Einrichtungen die geltenden Höhebestimmungen einhalten. Weiter bringen die Beschwerdeführenden vor, es gehe nicht um eine Vergrösserung des Baukörpers des Attikas. Die Fassade des Attikageschosses sei baulich klar fixiert. Die Aussenwände seien klar erkennbar und zwei Meter von der Fassade des darunterliegenden Vollgeschosses entfernt. Die Windschutzverglasungen würden von der östlichen und westlichen Fassadenflucht zurückverschoben. Der Rücksprung sei erkennbar und der Baukörper des Attikageschosses sei von allen Blickrichtungen aus einsehbar. Es entstehe kein Eindruck eines viergeschossigen Gebäudes bzw. eines zusätzlichen «geschlossenen» Raumes. Das gelte umso mehr, da die Windschutzverglasungen verschoben und nicht mehr bündig auf der Fassadenflucht liegen würden. Die Auslegung der Gemeinde sei unhaltbar. Auch sei der Entscheid unangemessen, da es der Beschwerdeführerin 2 nicht mehr möglich sei, ihre drei Hauskatzen aufgrund des unzumutbaren Absturzrisikos den Aussenraum des Attikageschosses betreten zu lassen. Die Gemeinde habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt und sei aufgrund des Vertrauensschutzes an ihren Bauentscheid vom 16. September 2019 gebunden.

Die Gemeinde verweist in ihrer Beschwerdeantwort auf die Begründung im angefochtenen Entscheid. Ergänzend hält sie fest, nach ihrer langjährigen Praxis seien feste Bauten und Anlagen im Attikarücksprung nicht zulässig. Das Attikageschoss müsse wenigstens um das in Art. 3 Abs. 3 GBR festgelegte Mass von 2.00 m gegenüber den Fassaden des darunterliegenden Vollgeschosses zurückversetzt werden und sich deutlich von diesem abheben (ausgenommen Treppenhaus und Lift). Würden Bauten und Anlagen im geforderten Rücksprung erstellt, werde das Attikageschoss zu einem Vollgeschoss. Vorliegend sei gemäss Zonenordnung ein viertes Vollgeschoss nicht zulässig. Das Interesse der Bauvorschrift liege darin, die Höhe von Gebäuden zu ordnen, wo nötig zu brechen und diese so zu gestalten, dass Gebäude in einem verträglichen Mass in Erscheinung treten. Weiter führt die Gemeinde aus, in Wohnbauten komme dem Tierschutz eine untergeordnete Rolle zu. Für die Haltung von Hauskatzen könne aus dem Baugesetz keine Rechtsgrundlage zur Absturzsicherung abgeleitet werden.

b) In der Wohnzone W3 gilt gemäss Art. 3 Abs. 1 des Gemeindebaureglements (GBR²⁷) eine Gebäudehöhe von 10.80 m. Die Gebäudehöhe wird in der Mitte der Fassaden gemessen und ist der Höhenunterschied zwischen dem massgebenden Terrain und der Oberkante der

²⁷ Baureglement 2010 der Gemeinde Münsingen, genehmigt durch das AGR am 1. Juli 2011

Dachkonstruktion respektive der offenen oder geschlossenen Brüstung bei Flachdächern (Art. A3.2 Abs. 1 GBR). Als massgebendes Terrain gilt der natürlich gewachsene Geländeverlauf. Kann dieser infolge früherer Abgrabungen und Aufschüttungen nicht mehr festgestellt werden, ist vom natürlichen Geländeverlauf der Umgebung auszugehen (Art. 1 Abs. 1 BauV²⁸). Zulässig in der Wohnzone W3 sind drei Vollgeschosse (Art. 3 Abs. 1 GBR). Als Vollgeschosse zählen das Erdgeschoss und die Obergeschosse (Art. 3 Abs. 3 GBR). Als Attikageschoss gilt ein auf Flachdächern aufgesetztes zusätzliches Geschoss, das die in Art. 3 Abs. 3 GBR erlaubte Höhe von 3.30 m nicht übersteigt. Die Höhe des Attikageschosses bemisst sich anhand des Höhenunterschiedes zwischen der Oberkante des Flachdachs über dem obersten Vollgeschoss und dem Referenzpunkt am Dach des Attikageschosses, der zur Ermittlung der Gebäudehöhe massgebend wäre, wenn das Attikageschoss als Vollgeschoss gelten würde (Art. A3.6 Abs. 1 GBR). Das Attikageschoss zählt nicht als Vollgeschoss, wenn die Höhe maximal 3.30 m beträgt, die allseitige Rückversetzung vom darunterliegenden Geschoss mindestens 2.00 m beträgt (ausgenommen Treppenhaus und Lift; sog. Freihaltebereich oder Attikarücksprung) und es von technisch bedingten Aufbauten (Lifтанlagen, Lichtkuppeln, Solaranlagen und dergleichen) um maximal 1.50 m überragt wird (Art. 3 Abs. 3, Art. A3.3 Abs. 1 und Art. A3.6 Abs. 2 und Abs. 3 GBR). Als technisch bedingte Dachaufbauten gelten nur Aufbauten mit einem funktionalen Bezug zum Gebäude, so beispielsweise Lift-, Lüftungs-, Energiegewinnungs- und Kaminbauten.²⁹ Befinden sich feste Bauten und Anlagen, die nicht als technisch bedingte Aufbauten gelten, im Freihaltebereich des Attikarücksprungs, gilt das Attikageschoss als Vollgeschoss. Dementsprechend gilt auch die zusätzliche Gebäudehöhe von maximal 3.30 m für das Attikageschoss nicht mehr, sondern es greift die reguläre Gebäudehöhe von 10.80 m in der Wohnzone W3. Schliesslich setzt Art. A3.6 Abs. 3 GBR voraus, dass sich das Attikageschoss gegenüber den Fassaden des darunterliegenden Vollgeschosses deutlich abhebt.

Die Gemeinde hat am 15. Mai 2022 die Ortsplanungsrevision Münsingen 2030 verabschiedet, wobei die Genehmigung durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) noch ausstehend ist. Art. 3 Abs. 10 nGBR hält fest, dass in den Rücksprüngen des Attikageschosses keine festen Bau- und Gebäudeteile zulässig sind, ausgenommen Brüstungen und Geländer mit einer maximalen Höhe von 1.20 m.³⁰ Im Erläuterungsbericht vom 15. Mai 2022 bestätigt die Gemeinde, dass dies ihrer bisherigen Praxis entspreche. Art. 3 Abs. 10 nGBR ist vorliegend zwar nicht anwendbar. So sind Bauvorhaben nach dem zur Zeit der Einreichung des Baugesuchs geltenden Recht zu beurteilen (Art. 36 Abs. 1 BauG). Ein Entscheid ist zudem nur zurückzustellen, wenn das Bauvorhaben Nutzungsplänen widerspricht, die bei der Gesuchseinreichung öffentlich aufgelegt haben (Art. 36 Abs. 2 BauG), wobei als öffentliche Auflage diejenige im Einspracheverfahren nach Art. 60 BauG gilt.³¹ Das nachträgliche Baugesuch datiert vom 24. März 2021 und wurde vor der ersten öffentlichen Auflage des nGBR vom 15. April bis 27. Mai 2021 eingereicht. Es besteht somit kein Anlass, den vorliegenden Beschwerdeentscheid bis zur Genehmigung des nGBR zurückzustellen. Dennoch bestätigt Art. 3 Abs. 10 nGBR die Auslegung der derzeit noch gültigen kommunalen Vorschriften, dass feste Bau- und Gebäudeteile innerhalb des Attikarücksprungs dazu führen, dass das Attikageschoss hinsichtlich der zulässigen Geschossanzahl und der Gebäudehöhe nicht mehr als Attikageschoss, sondern als Vollgeschoss gilt.

c) Gemäss Art. 18 Abs. 1 VRPG stellen die Behörden den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Sie bestimmen Art und Umfang der Ermittlungen, ohne an die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein (Art. 18 Abs. 2 VRPG). Die Rüge der Unangemessenheit betrifft einfache Fehler

²⁸ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1)

²⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 13 N. 5

³⁰ Abrufbar unter https://www.muensingen.ch/projekte/muensingen-2030/aktuelle_infos/ (zuletzt besucht am 5.1.2023)

³¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 36 N. 4

in der Ermessensbetätigung.³² Übt eine Behörde ihr Ermessen nicht sachangepasst, d.h. unzweckmässig aus, erweist sich ihre Verfügung als unangemessen. Das pflichtgemässe Ermessen hängt massgebend vom konkreten rechtlichen Kontext ab.³³ Angemessenheitskontrolle bedeutet nicht, dass die angerufene Rechtsmittelbehörde ihr eigenes Ermessen anstelle desjenigen der verfügenden Behörde setzt. Sie greift korrigierend ein, wenn das Ermessen unrichtig ausgeübt worden ist, d.h. keine sachangepasste Lösung getroffen wurde, kann aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen.³⁴

d) Die vorliegend umstrittenen Bauvorhaben sind baubewilligungspflichtig und haben die Vorschriften des Gemeindebaureglements hinsichtlich Gebäudehöhe und Geschosszahl einzuhalten. Bei den Windschutzverglasungen, den Glasdachstützen und der Metallkonstruktion für das Katzenschutznetz handelt es sich nicht um technisch bedingte (Dach-) Aufbauten im Sinne von Art. A3.6 Abs. 2 GBR, die das Attika bis zu 1.50 m oberkant überschreiten dürften. Diese dauerhaften Einrichtungen dienen vielmehr einem individuellen Bedürfnis. Art. A3.6 Abs. 2 GBR greift daher nicht. Zudem befinden sich die dauerhaften, festen Einrichtungen im Freihaltebereich bzw. Attikarücksprung. Gemäss Art. 3 Abs. 3, Art. A3.3 Abs. 1 und Art. A3.6 Abs. 2 und Abs. 3 GBR zählt das Attikageschoss aufgrund dieser Bauvorhaben nicht mehr als solches, sondern als Vollgeschoss. Das Gebäude weist damit vier Vollgeschosse anstelle der in der Wohnzone W3 zulässigen drei Vollgeschosse auf. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Sonnenstore im Attikageschoss einerseits nicht Verfahrensgegenstand ist und andererseits hinsichtlich des Freihaltebereichs ohnehin anders zu beurteilen wäre, da dieser bei zugefahrener Sonnenstore nicht durch eine baulich feste Einrichtung tangiert wird. Auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführenden zur Erscheinung des Attikageschosses wird in den nachfolgenden Erwägungen zur Ästhetik einzugehen sein.

Wie aufgezeigt gilt die zusätzliche Gebäudehöhe von 3.30 m nur für das Attikageschoss an sich. Soweit das Attikageschoss nicht mehr als solches, sondern als Vollgeschoss gilt, greift die reguläre Gebäudehöhe von 10.80 m gemäss Art. 3 Abs. 1 GBR. Die Gebäudehöhe wird vorliegend nicht mehr eingehalten, da sich die Windschutzwände, die Vordachstützen und die Metallkonstruktion für das Katzenschutznetz im Freihaltebereich des Attikageschosses befinden und dieses neu als Vollgeschoss gilt. Die Beschwerdeführenden selbst haben denn auch in ihrem Ausnahmegesuch vom 11. Mai 2021 bestätigt, dass die Gebäudehöhe nicht mehr eingehalten wird.³⁵ Nach dem Gesagten hält das Bauvorhaben die geltenden Vorschriften zur Gebäudehöhe, zur Geschosszahl und dem Freihaltebereich des Attikageschosses nicht ein. Es ist damit nicht bewilligungsfähig. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass die Gemeinde den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt hat. Die Gemeinde hat die Einrichtungen vor Ort besichtigt und die von den Beschwerdeführenden eingereichten Unterlagen überprüft. Die Beschwerdeführenden begründen denn auch nicht näher, inwiefern die Gemeinde den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll.

Schliesslich ist hinsichtlich der von den Beschwerdeführenden geltend gemachten Unangemessenheit aufgrund des unzumutbaren Absturzrisikos für die Hauskatzen darauf hinzuweisen, dass die Vorschriften zu den baupolizeilichen Massen kein Ermessen vorsehen. Ein solches kommt der Baubewilligungsbehörde lediglich dann zu, wenn sie auf entsprechendes Gesuch hin gestützt auf Art. 26 BauG Ausnahmen von einzelnen baupolizeilichen Massen gewährt. Darauf wird sogleich zurückzukommen sein (vgl. Erwägung II./10.).

³² Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 62

³³ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 64

³⁴ Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 65

³⁵ Vgl. pag. 15B der Vorakten

9. Ästhetik

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Gemeinde sei an den Fachbericht vom 22. Juli 2021 von F._____ gebunden, da keine triftigen Gründe bestünden, davon abzuweichen. Die gute Gesamtwirkung gehe nicht verloren, da das Attikageschoss nach wie vor als solches erkennbar sei und der massgebende Baukörper durch die Einrichtungen nicht verändert werde. Die Gemeinde habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt und rechtsfehlerhafte Schlussfolgerungen angestellt.

b) 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.³⁶ Verstösst ein Bauvorhaben gegen eine Ästhetikvorschrift, ist es nicht bewilligungsfähig. Ästhetikvorschriften haben selbständige Bedeutung und sind grundsätzlich gleichrangig wie die übrigen Bauvorschriften. Eine Baubewilligung ist nur auf dem Ausnahmeweg möglich, sofern die Voraussetzungen von Art. 26 BauG erfüllt sind.³⁷

c) 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.³⁸ Das Baureglement der Gemeinde Münsingen enthält insbesondere folgende Bestimmungen zur Gestaltung von Bauten und Anlagen:

Art. 38 Gestaltungsgrundsätze

¹ Bauten und Anlagen sind so zu gestalten, dass zusammen mit ihrer Umgebung eine gute Gesamtwirkung entsteht und sie sich zusammen mit ihrer Umgebungsgestaltung gut in die natürliche Topographie einfügen.

² Bei der Beurteilung der guten Gesamtwirkung sind insbesondere zu berücksichtigen:

- die prägenden Elemente und Merkmale des Strassen-, Orts- und Landschaftsbildes,
- die bestehende und bei Vorliegen einer entsprechenden Planung auch die beabsichtigte Gestaltung der benachbarten Bebauung,
- Standort, Stellung, Form, Proportionen und Dimensionen der Bauten und Anlagen,
- die Fassaden- und Dachgestaltung sowie die Materialisierung und Farbgebung,
- die Gestaltung der Umgebung (Aussenräume), insbesondere des Vorlandes und der Begrenzungen gegen den öffentlichen Raum,
- die Gestaltung und Einordnung der Erschliessungsanlagen, Abstellplätze und Eingänge,
- die topographische Einordnung.

Art. 44 Gestaltungsspielraum

Die Baubewilligungsbehörde kann auf Antrag der Fachberatung oder auf der Grundlage eines Ergebnisses eines qualifizierten Verfahrens von den Vorschriften über die Bau- und Aussenraumgestaltung nach Art. 38 bis 41 abweichen.

Diese Bestimmungen 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

³⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 9-10 N. 4 und N. 13; BVR 2009 S. 328 E. 5.2 mit Hinweisen

³⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 9 N. 7

³⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 9-10 N. 4 und N. 13; BVR 2009 S. 328 E. 5.2 mit Hinweisen

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.³⁹ Hinsichtlich der Gestaltung von Attikageschossen ist nebst diesen allgemeinen Gestaltungsgrundsätzen zu beachten, dass sie sich deutlich vom darunterliegenden Vollgeschoss abzuheben haben (Art. A3.6 Abs. 3 GBR).

d) In Zusammenhang mit den Gestaltungsvorschriften hält Art. 45 Abs. 1 GBR weiter fest, dass die Baubewilligungsbehörde unabhängige und in Gestaltungs- oder anderen im Baubewilligungsverfahren relevanten Fragen ausgewiesene Fachleute beiziehen kann, welche die Baubewilligungsbehörden und, sofern von diesen gewünscht, auch die Bauwilligen in allen Fällen beraten, die für das Orts- und Landschaftsbild von Bedeutung sind oder spezielle baurechtliche und gestalterische Fragen aufwerfen. Die Fachberatung formuliert im ordentlichen Baubewilligungsverfahren Empfehlungen zu Händen der Baubewilligungsbehörde (Art. 45 Abs. 2 GBR). Das Gemeindebaureglement enthält keine Vorschrift, wonach die Gemeinde an die «Empfehlungen» der Fachberatung gebunden wäre. Der Fachberatung kommt vorliegend nur beratende und nicht entscheidende Funktion zu. Es obliegt schlussendlich der Gemeinde, ihr Ermessen auszuüben und ihr Gemeindebaureglement auszulegen.

e) Die Gemeinde holte einen Fachbericht i.S.v. Art. 45 GBR bei F. _____, dipl. Architektin ETH, ein. Der Fachbericht vom 22. Juli 2021 hält insbesondere fest:

Auf der Südfassade im Bereich Attika sind die etwas vielen Metallkonstruktionen weniger störend, da man sie zusammen mit den Sonnenstoren wahrnimmt und sie sich in die Gebäudestruktur integrieren, was eine gute Sache ist. Das Glasdach in der Ebene der Dachauskragung hingegen ist ein störender und von weitem sichtbarer Baukörper.

[...]

Die Fachberatung gibt in diesem Fall keine Empfehlung ab. Die kritisierten Mängel gemäss der Projektbeurteilung sind, mit Ausnahme des Glasdaches Seite Süd, Folgen der bereits erfolgten Bewilligung des Liftturms. [...]

f) Die Gemeinde hat im angefochtenen Entscheid ausgeführt, die Stützen für das Glasdach in der Ebene der Dachauskragung seien ein störender und von weitem sichtbarer Baukörper. Die weiteren Metallkonstruktionen im Attika, die Konstruktion für das Netz sowie die Windschutzwände würden im Attikageschoss einen Fremdkörper darstellen. Die optische Ablesbarkeit des Attikageschosses werde durch die zusätzlich erstellten Bauten tangiert. Das Attika sei nicht mehr genügend als solches ablesbar und die gute Gesamtwirkung gehe durch die zusätzlich im Attika erstellten Elemente verloren.

g) Auf dem ersten in der Beschwerde enthaltenen Foto ist ersichtlich, dass die Metallkonstruktion für das Katzenschutznetz sowie die zwei Glasdachstützen auffallen und eine Art Wand oberhalb der Brüstung des Attikageschosses bilden. Das Foto wurde von unten in relativ kurzer Distanz zum Gebäude bei sonnigem Wetter aufgenommen. Die Sonnenstore wirft zwar einen zusätzlichen Schatten auf die Fassade des Attikageschosses. Die in den Vorakten enthaltenen Fotos bestätigen jedoch, dass sich das Attikageschoss auch bei nicht ausgelassener Sonnenstore und grauem Himmel nicht mehr deutlich vom darunterliegenden Vollgeschoss

³⁹ 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

abhebt und die Metallkonstruktionen sowie die Glasdachstützen stark in Erscheinung treten. Das Attikageschoss ist daher nicht mehr deutlich als solches wahrnehmbar. Wie das der baupolizeilichen Anzeige beigelegte Foto zeigt, entsteht aus einer leicht seitlichen Perspektive zudem der Eindruck eines regelrechten Durcheinanders von Metallstützen.⁴⁰ Aus diesem Blickwinkel fällt auch der Knick der Metallstützen für das Katzenschutznetz auf. Er bildet ein zusätzliches störendes Element, insbesondere auch zum bestehenden Glasdach und der Windschutzverglasung.⁴¹

Insgesamt legt die Gemeinde die Bestimmungen des Gemeindebaureglements im Rahmen ihres Ermessens und ihrer Ortskenntnis in zulässiger Weise und nachvollziehbar aus. Aufgrund der in den Akten vorhandenen Fotos erscheint nachvollziehbar, weshalb die Gemeinde die Metallkonstruktionen und die Glasdachstützen in gestalterischer Hinsicht ablehnte. Zu Recht hat die Gemeinde auch berücksichtigt, dass sich das Attikageschoss gemäss Art. A3.6 Abs. 2 GBR deutlich vom darunterliegenden Vollgeschoss abzuheben hat. Der Beurteilung der Gemeinde steht auch der unverbindliche Fachbericht der beigezogenen Architektin F. _____ nicht entgegen. Zunächst ist der Fachbericht sehr kurz gefasst und äussert sich mehrheitlich zur Gestaltung der vorliegend nicht angefochtenen Bauvorhaben. Zum anderen hält auch der Fachbericht fest, dass es «etwas viele» Metallkonstruktionen seien. Die Beurteilung, dass diese «weniger störend» als die anderen Bauvorhaben seien, erfolgte aufgrund der Wahrnehmung zusammen mit der Sonnenstore. Der Fachbericht äussert sich jedoch nicht dazu, wie die Metallkonstruktionen bei aufgerollter Sonnenstore zu beurteilen sind. Ebenso wenig äussert er sich dazu, wie die Metallkonstruktionen aus seitlicher Perspektive zu bewerten sind. Auch ist die Beurteilung, dass sich die «etwas vielen» Metallkonstruktionen gut in die Gebäudestruktur integrieren würden, mit Blick auf Art. A3.6 Abs. 2 GBR nicht das einzige mögliche Kriterium für die Beurteilung der Gestaltung. Entscheidend ist insbesondere, ob das Attikageschoss noch genügend als solches wahrgenommen wird und sich deutlich vom darunterliegenden Vollgeschoss abhebt, was aus den genannten Gründen jedoch zu verneinen ist. Nach dem Gesagten erweist sich das Bauvorhaben auch unter ästhetischen Gesichtspunkten nicht als bewilligungsfähig.

10. Ausnahmegewilligungen

a) Die Beschwerdeführenden bringen vor, das bereits bewilligte Glasdach müsse mit Stützen stabilisiert werden, andernfalls drohe der Einsturz. Alternativen, die auch bei windigen Verhältnissen die Stabilität des Glasdaches sicherstellten, bestünden nicht. Es handle sich um einen Ausnahmegrund technischer bzw. statischer Natur. Hinsichtlich der sechs Eisenstäbe und das transparente Katzenschutznetz machen sie geltend, die Beschwerdeführerin 2 sei in ihrer Bewegungsfreiheit stark eingeschränkt und lebe alleine in der Attikawohnung mit drei Hauskatzen. Die Hauskatzen seien sich den Auslauf auf der Attikaterasse seit mehreren Jahren gewohnt. Ohne Katzenschutznetz könnten die Hauskatzen die Terrasse nicht mehr betreten, da akute Absturzgefahr drohe. Ziel der Einrichtungen sei einzig der Schutz und eine tierschutzgerechte Haltung der Hauskatzen. Das nachträgliche Einsperren in der Attikawohnung sei nicht tierschutzgerecht. Es bestehe daher ein Ausnahmegrund tierschutzrechtlicher Natur für die sechs Eisenstäbe und das transparente Katzenschutznetz. Öffentliche Interessen seien nicht tangiert. Auch seien keine wesentlichen privaten bzw. nachbarlichen Interessen ersichtlich. Es handle sich um eine geringe Normabweichung, womit an den Ausnahmegrund keine hohen Anforderungen zu stellen seien.

⁴⁰ Vgl. pag. 10 der Vorakten

⁴¹ Vgl. Bild Nr. 4 auf S. 3 der Fotodokumentation zur Strafanzeige vom 21.1.2021 in den Akten der Staatsanwaltschaft

Die Gemeinde weist darauf hin, dass kein Anrecht auf Erteilung von Ausnahmegewilligungen bestehe und Ausnahmegesuche in jedem einzelnen Fall aufgrund des konkreten Baugesuches zu beurteilen seien. Durch die Erteilung von Ausnahmegewilligungen im Bauentscheid vom 16. September 2019 könne kein Rechtsanspruch geltend gemacht werden, bei einer Projektänderung weitere oder weitergehende Ausnahmegewilligungen zu erhalten. Die Begründungen im vorliegenden Fall seien nicht vergleichbar mit der Beurteilung aus dem Jahr 2019.

b) Laut 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: vom Interesse an der Ausnahme, von der Bedeutung der Vorschrift, von der abgewichen werden soll, und von Art und Mass der verlangten Abweichung.⁴²

c) Mit Gesamtbauentscheid vom 16. September 2019 wurde das Glasvordach auf der Südseite des Attikageschosses bewilligt. Aus den Vorakten geht nicht hervor, dass die Statik des Glasvordaches in diesem Verfahren geprüft wurde. Sollte sich die Statik im Nachhinein als ungenügend erweisen und ein Einsturz drohen, könnten zwar grundsätzlich besondere Verhältnisse im Sinne von Art. 26 BauG vorliegen, zumal das Glasvordach rechtskräftig bewilligt wurde.⁴³ Die Beschwerdeführenden haben in den Ausnahmegesuchen vom 11. Mai 2021 jedoch noch gar keine statischen Probleme erwähnt.⁴⁴ Erstmals brachten die Beschwerdeführenden in ihrer Stellungnahme vom 26. August 2021 vor, die Glasdachstützen seien aus statischen Gründen aufgrund des starken Windes notwendig.⁴⁵ In ihrer Beschwerde vom 18. August 2022 haben sie sodann nicht mehr auf den starken Wind Bezug genommen, sondern nur noch vorgebracht, das Glasdach sei stark einsturzgefährdet. Die Beschwerdeführenden haben jedoch keine entsprechenden Nachweise erbracht. Hinzu kommt, dass das Glasdach gemäss den Fassadenplänen Nr. 32.4.1 vom 14.6.2019 und Nr. 32.2 vom 23. April 2021 waagrecht hätte montiert werden sollen. Aus den Fotos in den Vorakten der Staatsanwaltschaft geht hervor, dass das Glasdach leicht nach oben geneigt ausgeführt wurde. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die angeblichen statischen Probleme allenfalls darauf zurückzuführen wären. Es

⁴² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4

⁴³ Vgl. z.B. BVE 110/2014/70 vom 28.7.2014 E. II./2.

⁴⁴ Vgl. pag. 15B der Vorakten

⁴⁵ Vgl. pag. 21 der Vorakten

liegen folglich keine besonderen Verhältnisse vor, die eine Ausnahmegewilligung der zwei Glasdachstützen begründen würden.

Hinsichtlich der Metallkonstruktion zur Montage eines Katzenschutznetzes erscheint zwar grundsätzlich nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin 2 ihren Hauskatzen Auslauf auf der Attikaterasse ermöglichen will. Es handelt sich hierbei aber um eine individuelle, bessere und optimalere Nutzung der Attikaterasse. Zudem bestehen keine baurechtlichen Vorschriften, dass Wohnungen und insbesondere Balkone oder Terrassen einer Attikawohnung tierschutzgerecht ausgebaut werden müssen. Die Katzenhaltung in einer Attikawohnung entspringt vollumfänglich einem privaten Interesse, das das öffentliche Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Grundordnung nicht zu überwiegen vermag. Die Vorbringen der Beschwerdeführenden hinsichtlich der Absturzgefahr für die Hauskatzen stellen keinen Ausnahmegrund im Sinne von Art. 26 BauG dar. Zusammengefasst hat die Gemeinde zu Recht keine Ausnahmegewilligung erteilt.

11. Beweisantrag

Die Beschwerdeführenden verlangten als Beweismassnahme einen Augenschein. Die Behörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen fest; sie sind nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden (Art. 18 VRPG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 21 ff. VRPG) verpflichtet aber die Behörden, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese nötig sind für die Klärung des Sachverhalts. Wenn die Behörde bei freier, pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, die vorhandenen Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, so kann sie auf das Erheben weiterer Beweise verzichten. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.⁴⁶ Vorliegend ergeben sich die tatsächlichen Verhältnisse mit genügender Klarheit aus den Akten, insbesondere aus den Plänen und den Fotos, so dass sich ein Augenschein erübrigt. Der Beweisantrag der Beschwerdeführenden wird abgelehnt.

12. Wiederherstellung

a) Die Beschwerdeführenden rügen, die Wiederherstellungsfrist von drei Monaten sei aufgrund der gegenwärtigen Marktlage viel zu kurz. Für die Realisierung müssten mindestens ein Planungsbüro, ein Storenfachmann, ein Plattenleger und ein Schlosser beigezogen werden. Die Storenfunktion und die Platten müssten angepasst und die Windschutzverglasungen neu konstruiert werden. Es sei gerichtsnotorisch, dass sämtliche Handwerker während der Sommerferienzeit überlastet seien. Aufgrund deren Planungs- und Koordinationsbedarfs sei die Wiederherstellungsfrist zu kurz. Anzusetzen sei eine mindestens sechsmonatige Wiederherstellungsfrist.

Die Gemeinde führt in ihrer Beschwerdeantwort aus, in der Regel genüge in so einem Fall eine Wiederherstellungsfrist von drei Monaten problemlos. Die Anpassungsarbeiten beim Sonnenschutz seien nicht Bestandteil der Verfügung und könnten auch nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist vorgenommen werden. Mit Abweisung der Beschwerde sei die Frist neu anzusetzen.

⁴⁶ BVR 2017 S. 255 E. 5.1, 2012 S. 252 E. 3.3.3, je mit Hinweisen

b) Wird einem nachträglichen Baugesuch der Bauabschlag erteilt, entscheidet die Baubewilligungsbehörde zugleich darüber, ob und inwieweit der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist; sie setzt dafür gegebenenfalls eine neue Frist an (Art. 46 Abs. 2 Bst. e BauG). Die Wiederherstellungsverfügung muss im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf den Vertrauensgrundsatz nicht verletzen. Ein öffentliches Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes 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.⁴⁷ 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.⁴⁸ Bei gutem Glauben der Bauherrschaft kann die Wiederherstellung unterbleiben, wenn nicht gewichtige öffentliche oder private Interessen sie gebieten. Auf den guten Glauben kann sich nicht berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen verlangt werden darf, nicht hat gutgläubig sein können. Gutgläubig kann eine Bauherrschaft sein, wenn sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, sie sei zur Bauausführung oder Nutzung berechtigt, z.B. aufgrund einer mangelhaften Bewilligung.⁴⁹ Dass die Bewilligungspflicht für Bauvorhaben bekannt ist, wird allgemein vorausgesetzt.⁵⁰ 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 sonst wie unverhältnismässig wäre. Musste die Bauherrschaft Zweifel an der Rechtmässigkeit haben, so ist ihre Vertrauensposition zumindest geschwächt, auch wenn nicht gerade von Bösgläubigkeit gesprochen werden kann.⁵¹

Die Wiederherstellungsfrist muss ebenfalls verhältnismässig sein und soll die zur Vorbereitung und Durchführung der Massnahme notwendige Zeit einräumen. Sie ist so zu bemessen, dass die dazu verpflichtete Person die Wiederherstellung nach allgemeiner Erfahrung bis zum Ablauf der Frist erfüllen kann.⁵²

c) Zunächst ist festzuhalten, dass hinsichtlich der Verschiebung der Windschutzverglasungen im Südwesten und Südosten des Attikageschosses nur die Wiederherstellungsfrist angefochten ist. Die Überprüfung der Verhältnismässigkeit wird daher nur hinsichtlich der beiden Glasdachstützen, der Metallkonstruktion mit sechs bzw. acht Stützen sowie dem transparenten Katzenschutznetz nachgeholt. Diese Bauvorhaben wurden ohne Baubewilligung erstellt und halten die baurechtlichen Vorschriften zur Gebäudehöhe, Geschosszahl sowie zum Freihaltebereich des Attikageschosses nicht ein. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen ist gross und überwiegt die allfälligen Nachteile, die den Beschwerdeführenden durch die Wiederherstellung entstehen. Die Demontierung der Metallkonstruktion und des Schutznetzes sowie der zwei Glasdachstützen ist ohne Weiteres geeignet und erforderlich, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Mildere Massnahmen, die zum gleichen Ergebnis führen, sind nicht ersichtlich. Die Demontierung ist soweit ersichtlich ohne grossen Aufwand möglich und somit für die Beschwerdeführenden auch zumutbar. Eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes ist nicht erkennbar. Wie bereits aufgezeigt, stellt die Verfügung vom 16. September 2019 keine Vertrauensgrundlage dar und die Beschwerdeführenden konnten nicht gutgläubig davon ausgehen, die Bauvorhaben ohne neue

⁴⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9a

⁴⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9; BVR 2013 S. 85 E. 5.1

⁴⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. aa

⁵⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. bb

⁵¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. e

⁵² Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9c Bst. b und N. 13 Bst. b

Bau- bzw. Ausnahmewilligung realisieren zu können. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erweist sich nach dem Gesagten als verhältnismässig.

d) Die Gemeinde hat den Beschwerdeführenden für die Verschiebung der Windschutzverglasungen im Südosten und Südwesten des Attikageschosses, die Demontierung der Metallkonstruktion und des Schutznetzes sowie der beiden Glasdachstützen eine Wiederherstellungsfrist bis am 31. Oktober 2022, d.h. von etwas mehr als drei Monaten, eingeräumt. Die Windschutzverglasungen, die Metall- und Glasdachstützen sowie das Katzenschutznetz können ohne Weiteres durch einen Handwerker innerhalb von drei Monaten entfernt werden. Die Beschwerdeführenden haben insbesondere nicht vorgebracht, dass die Entfernung kompliziert oder aufwendig ist. Es ist auch nicht ersichtlich, dass hierfür bereits ein Planungsbüro, ein Storenfachmann und ein Plattenleger beigezogen werden müssen. Die Verschiebung der (innerhalb der Wiederherstellungsfrist demontierten) Windschutzverglasung, die Anpassung der Storenkonstruktion und der Platten kann auch nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist noch vorgenommen werden. Im Übrigen fällt das Ende der neu anzusetzenden Wiederherstellungsfrist anders als im Zeitpunkt der Beschwerde nicht mehr in die Sommerferien, weshalb nicht von einer Überlastung der benötigten Handwerker auszugehen ist. Die Wiederherstellungsfrist von drei Monaten ist insgesamt verhältnismässig.

Die in der angefochtenen Verfügung angesetzte Wiederherstellungsfrist bis am 31. Oktober 2022 ist während des Beschwerdeverfahrens abgelaufen. Sie muss von Amtes wegen neu angesetzt werden. Die Verfügung vom 19. Juli 2022 wird deshalb dahingehend geändert, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bis am 30. April 2023 zu erfolgen hat.

13. Vermerk auf den am 19. Juli 2022 gestempelten Plänen

Die Gemeinde hat am 19. Juli 2022 den Situationsplan vom 23. April 2021, den Grundrissplan Nr. 32.1 vom 23. April 2021 und den Fassadenplan Nr. 32.2 vom 23. April 2021 mit folgendem Stempel versehen:

Gemeinde Münsingen baubewilligt am 19. Juli 2022

Aus der zu bestätigenden Verfügung der Gemeinde vom 19. Juli 2022 folgt, dass die Pläne Nrn. 32.1 und 32.2 entgegen dem Stempel der Gemeinde nicht vollumfänglich, sondern nur Teile davon bewilligt wurden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt den mit dem Bewilligungsvermerk versehenen Plänen einzig dann Vorrang zu, soweit zwischen ihnen und dem Text einer Baubewilligung gewisse Unklarheiten bestehen.⁵³ Vorliegend bestehen keine derartigen Unklarheiten. Die Gemeinde hat in der Verfügung vom 19. Juli 2022 definiert, für welche Teile des Bauvorhabens der Bauabschlag erteilt wird und wie die Wiederherstellungsmassnahmen vorzunehmen sind. Sie hat lediglich versäumt, einen nur teilweisen Genehmigungsvermerk auf den Plänen Nrn. 32.1 und 32.2 anzubringen. Bei der Umschreibung des Bauvorhabens auf dem Grundrissplan Nr. 32.1 vom 23. April 2021 und dem Fassadenplan Nr. 32.2 vom 23. April 2021 werden daher sowohl auf dem Plansatz der Gemeinde als auch der Beschwerdeführenden von Amtes wegen in grüner Farbe handschriftlich die nachfolgenden, fett markierten Ergänzungen vorgenommen und ein Stempel des Rechtsamts der BVD vom 13. Januar 2023 angebracht:

⁵³ BGE 132 II 21 E. 4.1; VGE 2017/296 vom 17.8.2015 E. 3.2.1

- e) Verschieben einer Windschutzwand auf der Südseite im Attika **SW⁵⁴: Bauabschlag, Zurückverschieben um min. 1.40 m.**
- f) Erstellen einer zusätzlichen Windschutzverglasung **SO⁵⁵: Bauabschlag, Zurückverschieben um min. 1.40 m.**
- g) Erstellen einer Konstruktion zur Montage eines Netzes auf der Südseite im Attika: **Bauabschlag, Wiederherstellung.**
- h) **Erstellen von zwei Vordachstützen auf der Südseite im Attika: Bauabschlag, Wiederherstellung.**

Auf dem Situationsplan vom 23. April 2021 ist als neues Bauvorhaben lediglich der hier nicht strittige Velounterstand eingezeichnet. Der Situationsplan muss folglich nicht ergänzt werden.

14. Mitteilung

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Bern-Mittelland, hat die BVD mit Schreiben vom 9. September 2022 um Mitteilung des Beschwerdeentscheids gebeten. Eine Kopie dieses Entscheids geht daher zur Kenntnisnahme unter Beilage der Vorakten der Staatsanwaltschaft (zwei blaue Schnellhefter) an dieselbe.

15. Fazit und Kosten

a) Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1200.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁵⁶). Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG werden die Verfahrenskosten der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführenden haben als unterliegende Partei grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen. Aufgrund der geheilten Gehörsverletzung liegen jedoch besondere Umstände vor. Es rechtfertigt sich, dafür einen Sechstel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 200.– auszuscheiden. Dieser Betrag ist den von den Beschwerdeführenden zu tragenden Verfahrenskosten abzuziehen. Die Beschwerdeführenden haben somit Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 1000.– zu tragen. Sie haften solidarisch für diesen Betrag. Den Restbetrag von CHF 200.– trägt der Kanton, da der Vorinstanz keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

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

III. Entscheid

⁵⁴ Südwesten

⁵⁵ Südosten

⁵⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Wiederherstellungsfrist gemäss Ziff. D 1.4 der Verfügung der Gemeinde Münsingen vom 19. Juli 2022 wird von Amtes wegen neu auf den 30. April 2023 angesetzt. Im Übrigen wird die Verfügung bestätigt.
2. Die mit Verfügung der Gemeinde Münsingen vom 19. Juli 2022 bewilligten Plansätze, bestehend aus dem Grundrissplan Nr. 32.1 vom 23. April 2021 sowie dem Fassadenplan Nr. 32.2 vom 23. April 2021, werden von Amtes wegen mit einer handschriftlichen Korrektur in grüner Farbe bei der Umschreibung des Bauvorhabens wie folgt ergänzt und mit Stempel des Rechtsamts der BVD vom 13. Januar 2023 versehen:
 - e) Verschieben einer Windschutzwand auf der Südseite im Attika **SW: Bauabschlag, Zurückverschieben um min. 1.40 m.**
 - f) Erstellen einer zusätzlichen Windschutzverglasung **SO: Bauabschlag, Zurückverschieben um min. 1.40 m.**
 - g) Erstellen einer Konstruktion zur Montage eines Netzes auf der Südseite im Attika: **Bauabschlag, Wiederherstellung.**
 - h) **Erstellen von zwei Vordachstützen auf der Südseite im Attika: Bauabschlag, Wiederherstellung.**
3. Der Plansatz der Beschwerdeführenden geht mit den Ergänzungen gemäss Dispositiv-Ziff. III.2. zurück an die Beschwerdeführenden.
4. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.– werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt E._____, mit Beilagen gemäss Dispositiv-Ziff. III./3., eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Münsingen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Bern-Mittelland, Herrn Staatsanwalt H._____, mit Beilagen gemäss Erwägung II./14., eingeschrieben (zur Kenntnis)

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

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