

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 120/2016/16

Bern, 13. September 2016

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführer

und

Herrn **B.** _____
Beschwerdegegner 1

Frau **C.** _____
Beschwerdegegnerin 2



sowie

**Baupolizeibehörde der Gemeinde Spiez, Bauverwaltung, Sonnenfelsstrasse 4,
Postfach 119, 3700 Spiez**

betreffend die Verfügung der Baupolizeibehörde der Gemeinde Spiez vom 3. Februar 2016
(Baugesuch-Nr.: 768/2015-0016; Ersatz der Elektrospeicherheizung durch solarthermische
Heizung)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegner reichten am 10. Februar 2015 ein Baugesuch für den Ersatz der Elektrospeicherheizung durch eine solarthermische Heizung "Solaera" ein. Ihr Grundstück Spiez Gbbl. Nr. D. _____ liegt in der Zone W2. Die Gemeinde Spiez erteilte

den Beschwerdegegnern am 26. Februar 2015 eine Gesamtbaubewilligung für den Ersatz der Elektrospeicherheizung durch eine solarthermische Heizung. Diese Bewilligung wurde als kleine Baubewilligung nach Zustimmung der Nachbarn erteilt. Diverse Nachbarn baten die Bauverwaltung anfangs Juni 2015 um eine baupolizeiliche Überprüfung mit der Abklärung, ob die sich im Bau befindliche Solaranlage mit den eingereichten Unterlagen (Fotomontagen, Abmessungen, Winkel der Steilheit) und den Vorschriften E._____ übereinstimme. Mit Schreiben vom 12. Juni 2015 forderte die Gemeinde Spiez die Beschwerdegegner auf, die laufenden Bauarbeiten sofort einzustellen. Gleichzeitig wurde ihnen Frist bis am 8. Juli 2015 gesetzt, um sich schriftlich zu äussern. Beim Eintreffen dieses Schreibens waren die Arbeiten an der Anlage offenbar gerade beendet worden.¹ Die von der Gemeinde durchgeführte Messung ergab, dass die Solaranlage die First um rund einen Meter überragt und mit einem Winkel von rund 60 Grad angebracht ist.² Mit Schreiben vom 28. September 2015 drohte die Gemeinde Spiez den Beschwerdegegnern eine Wiederherstellung an, da anlässlich der Schlussabnahme festgestellt worden sei, dass die Hybridanlage massiv höher aufgeständert montiert worden sei als auf der am 10. Februar 2015 eingereichten Fotomontage. Die Beschwerdegegner erhielten Gelegenheit, sich schriftlich zu äussern oder ein Projektänderungsgesuch einzureichen. Mit Stellungnahme vom 9. Oktober 2015 hielt der Beschwerdegegner 1 fest, er sehe aus technischen Gründen keine Möglichkeit, das Projekt geändert neu einzureichen, nachdem er für das Gebaute am 26. Februar 2015 eine Gesamtbaubewilligung erhalten habe. Mit Schreiben vom 2. November 2015 teilte die Gemeinde Spiez den Beschwerdegegnern mit, ein Rückbau der Anlage wäre unverhältnismässig, das Bauvorhaben gelte als abgenommen. Die Baubehörde sandte offenbar allen Nachbarn, welche dem Bauvorhaben zugestimmt hatten, ein entsprechendes Informationsschreiben.³ Anfangs Dezember 2015 erhob der Beschwerdeführer eine "aufsichtsrechtliche Beschwerde" beim Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental. Dieser aufsichtsrechtlichen Anzeige gab das Regierungsstatthalteramt keine weitere Folge, da die Planungs-, Umwelt- und Baukommission Spiez während der Frist zur Stellungnahme die vorliegend angefochtene Verfügung vom 3. Februar 2016 erlassen hatte. Darin verfügte sie:

"20. Es wird festgestellt, dass die Solaranlage der Bauherrschaft in Überschreitung der Baubewilligung ausgeführt worden ist.

¹ Pag. 35 Vorakten; vgl. auch Foto auf pag. 26 (Beilage 4 zum Schreiben vom 2. Juni 2015)

² Pag. 53 bzw. 54 Vorakten

³ Pag. 61-60 Vorakten

21. Es wird festgestellt, dass die erstellte Solaranlage gemäss Fotodokumentation dem materiellen Baurecht nicht widerspricht.
22. Auf die Anordnung baupolizeilicher Massnahmen wird verzichtet."

2. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 2. März 2016 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

- "1. Wir beantragen, dass die Ausgestaltung der Solaranlage bezüglich Neigung und Höhe im Hinblick auf eine gute Einfügung in die Dachlandschaft der "E. _____" und das Ortsbild überprüft wird.
2. Bei der Abwägung der Interessen der Energiegewinnung gegenüber den ästhetischen Anliegen gemäss Art. 18a RPG sind die Argumente neu zu gewichten und entsprechend zu berücksichtigen.
Die im Grundbuch eingetragene Baubeschränkung zu Gunsten der Öffentlichkeit und der Nachbarn hinsichtlich des Ortsbildschutzes ist zu berücksichtigen.
3. Wir beantragen, dass die beanstandete Anlage im Interesse der Öffentlichkeit und der Rechtssicherheit den Richtlinien entsprechend durch baupolizeiliche Massnahmen angepasst wird."

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁴, edierte die Vorakten und führte den Schriftenwechsel durch. Es holte einen Bericht beim Amt für Umweltkoordination und Energie (AUE) und Wetterdaten beim Bundesamt für Meteorologie und Klimatologie MeteoSchweiz (MeteoSchweiz) ein. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zum Fachbericht und den Wetterdaten zu äussern und Schlussbemerkungen einzureichen. Die Beschwerdegegner nahmen zudem zusätzlich Stellung zu den Schlussbemerkungen des Beschwerdeführers.

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

⁴ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Die Gemeinde hat eine baupolizeiliche Verfügung erlassen. Solche Verfügungen können nach Art. 49 BauG⁵ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig. Bei baupolizeilichen Verfügungen beschwerdebefugt sind auch anzeigende Organisationen, welche zur Baubeschwerde befugt wären.⁶ Private Organisationen sind zur Beschwerde befugt, wenn sie eine juristische Person sind und rein ideelle Zwecke verfolgen (Art. 35a Abs. 1 und 40a Abs. 1 BauG). Sie können nur Rügen erheben in Rechtsbereichen, die seit mindestens zehn Jahren Gegenstand ihres statutarischen Zwecks bilden (Art. 35c Abs. 3 BauG). Gemäss seinen Statuten vom 13. Februar 2003 bezweckt der Beschwerdeführer die Erhaltung und Verbesserung des Ortsbildes und setzt sich unter anderem für gutproportionierte, harmonisch wirkende Bauten mit traditionellen Schrägdächern in der Gemeinde Spiez ein. Dafür kann er den Rechtsweg beschreiten.⁷ Der Beschwerdeführer ist daher als juristische Person, die rein ideelle Zwecke verfolgt, bei Baubeschwerden einsprache- und beschwerdeberechtigt und daher auch zur vorliegenden Beschwerde befugt. Da er zudem einen Beschluss des Vorstandes einreicht, der die Anfechtung des vorliegenden Entscheids vorsieht⁸, ist auf seine form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

2. Baubewilligung

a) Die Gemeinde hat im vorliegenden Fall gestützt auf die Zustimmungserklärungen der Nachbarn am 26. Februar 2015 eine kleine Baubewilligung gemäss Art. 32b BauG erteilt. Der Beschwerdeführer wurde hingegen nicht kontaktiert.

⁵ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

⁶ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 49 N. 3 Bst. e mit Hinweisen

⁷ Vgl. Art. 2 der Statuten (Beschwerdebeilage)

⁸ Beschluss vom 2. März 2016 (Beschwerdebeilage), vgl. dazu Art. 35a Abs. 3 BauG

Unterbleibt die gebotene Publikation, läuft die Einsprachefrist nicht. Die einspracheberechtigte Person oder Organisation kann noch Einsprache oder, wenn der Bauentscheid bereits gefällt ist, Beschwerde erheben, sobald sie Kenntnis vom Bauvorhaben erlangt hat. Sie muss aber innert 30 Tagen seit Kenntnis die erforderlichen Vorkehren treffen und sich nötigenfalls bei der Behörde nach Einzelheiten erkundigen.⁹

Der Beschwerdeführer nahm am 11. und 22. Juni 2015 mit der Bauverwaltung Kontakt auf und meldete Vorbehalte an.¹⁰ Spätestens zu diesem Zeitpunkt hatte der Beschwerdeführer genügend Kenntnis vom Bauvorhaben, unterliess es jedoch, innert 30 Tagen Beschwerde gegen die Baubewilligung zu erheben. Die "aufsichtsrechtliche Beschwerde" an das Regierungsstatthalteramt vom 3. Dezember 2015 musste daher auch nicht als Beschwerde gegen die Baubewilligung entgegengenommen und an die BVE weitergeleitet werden. Ob die Erteilung einer kleinen Baubewilligung vorliegend zulässig war, oder ob gestützt auf Art. 27 Abs. 5 Bst. c BewD¹¹ aufgrund des Ortsbild- bzw. Landschaftsschutzes eine Publikation hätte erfolgen müssen, kann daher offen bleiben. Die Baubewilligung ist so oder anders rechtskräftig.

b) Im Wiederherstellungsverfahren kann ein zugrundeliegender rechtskräftiger Bauentscheid grundsätzlich nicht mehr überprüft werden, ausser der Entscheid sei geradezu nichtig. Zudem muss geprüft werden, ob ein Anspruch auf eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 56 VRPG¹² vorliegt.¹³ Geht es wie vorliegend um die Rücknahme einer rechtskräftigen Baubewilligung ist dafür die spezialgesetzliche Norm zum Widerruf (Art. 43 BauG) massgeblich.¹⁴

c) Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Fehlerhafte Verwaltungsakte sind aber in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig. Nichtigkeit wird nach der sogenannten Evidenztheorie nur angenommen, wenn der Mangel der Verfügung besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht

⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 35-35c N. 11

¹⁰ Vgl. die Ausführungen des Beschwerdeführers auf pag. 76 Vorakten

¹¹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹² Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 49 N. 4

¹⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 56 N. 28

erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Offenkundig ist ein Fehler, der einer durchschnittlich, nicht juristisch gebildeten Person auffallen sollte. Nichtigkeitsgründe sind hauptsächlich schwerwiegende Verfahrensfehler und die Unzuständigkeit der verfügenden Behörde. Die funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit führt indes dann nicht zur Nichtigkeit des Entscheids, wenn der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge; erforderlich ist hierzu ein ausserordentlich schwerwiegender Mangel.¹⁵

Die Beschwerdegegner haben dem Baugesuch einzig eine Produktebeschreibung, ein Luftbild mit eingezeichneten Kollektorenfeldern und zwei Fotomontagen beigelegt. Im Dossier der Gemeinde findet sich zudem eine unbeglaubigte Plankopie, welche eine Übersicht über die Nachbarparzellen gibt.¹⁶ Selbst wenn man berücksichtigt, dass es sich bei einer Solaranlage um eine relativ simple Konstruktion handelt und deshalb die Projektpläne entsprechend einfach gestaltet werden können, vermögen die Unterlagen auch den reduzierten Anforderungen von Art. 15 Abs. 2 Bst. b BewD nicht zu genügen, sind doch Masse und Winkel weder angegeben noch messbar. Die Gemeinde hat die notwendigen Pläne für das Baugesuch nicht nachgefordert (Art. 18 Abs. 1 BewD) und dadurch einen Verfahrensfehler begangen.¹⁷ Dieser wiegt jedoch nicht derart schwer, dass Nichtigkeit angenommen werden müsste, zumal aus den Fotomontagen erkennbar ist, dass die Anlage aufgeständert ist und der Produktebeschreibung die ungefähre Kollektorenfläche und zumindest die Bandbreite der notwendigen Neigung entnommen werden kann. Zudem gehen vorliegend die Interessen der Rechtssicherheit vor, haben die Beschwerdegegner doch im Vertrauen auf die erteilte Baubewilligung hohe Investitionen getätigt.¹⁸ Andere Nichtigkeitsgründe werden weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich.

d) Da die Baute vorliegend bereits ausgeführt wurde, wäre ein Widerruf der Baubewilligung gemäss Art. 43 Abs. 2 Bst. a und b BauG nur zulässig, wenn überwiegende

¹⁵ BGer 1C_423/2012 vom 15. März 2013 E. 2.5; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 55 ff; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 49 N. 4a

¹⁶ Pag. 15 Vorakten

¹⁷ Vgl. BVR 1990 S. 223 E. 2

¹⁸ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 56

Interessen ihn gebieten oder die Beschwerdegegner die Bewilligung durch Irreführung erwirkt hätten. Überwiegende Interessen im Sinne dieser Bestimmung liegen nur vor, wenn mit dem Bauvorhaben derart schwerwiegende Nachteile für Dritte oder die Allgemeinheit verbunden wären, dass sie keinesfalls in Kauf genommen werden dürfen. Je grösser die bereits getätigten Investitionen sind, desto gewichtiger müssen die Interessen am Widerruf sein. Die ästhetischen Bedenken, die der Beschwerdeführer vorbringt, stellen vorliegend keine solchen überwiegenden Interessen dar, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen. Hinweise für eine Irreführung, welche Vorsatz und Arglist voraussetzt¹⁹, liegen ebenfalls nicht vor: Die Fotomontage war zwar ungenau, die Beschwerdegegner haben jedoch das Produkt angegeben und eine Produktebeschreibung beigelegt. Dass die Anlage aufgeständert sein würde, war sogar in den Zustimmungserklärungen der Nachbarn erwähnt.²⁰

e) Damit liegt eine rechtskräftige Baubewilligung vor, welche im Verfahren zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Der Beschwerdeführer verlangt, dass die Ausgestaltung der Solaranlage bezüglich Neigung und Höhe im Hinblick auf eine gute Einfügung in die Dachlandschaft der "E._____" und das Ortsbild überprüft wird. Bei der Abwägung der Interessen der Energiegewinnung gegenüber den ästhetischen Anliegen gemäss Art. 18a RPG²¹ seien die Argumente neu zu gewichten und entsprechend zu berücksichtigen. Dabei sei die im Grundbuch eingetragene Baubeschränkung zu Gunsten der Öffentlichkeit und der Nachbarn hinsichtlich des Ortsbildschutzes zu berücksichtigen. Soweit sich die Rügen des Beschwerdeführers gegen die ursprüngliche Baubewilligung richten, sind diese unzulässig und insoweit ist nicht auf die Beschwerde einzutreten.

3. Formelle Rechtswidrigkeit

Die Vorinstanz hat unter anderem festgestellt, dass die Bauherrschaft die Solaranlage in Überschreitung der Baubewilligung ausgeführt hat. Dieser Teil der Verfügung wird vom Beschwerdeführer nicht angefochten, da er derselben Ansicht ist. Selbst die Beschwerdegegner räumten im Verlaufe des Wiederherstellungsverfahrens ein, dass der

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 43 N. 7

²⁰ Pag. 1 ff. Vorakten

²¹ Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700)

Unterschied zur Fotomontage offensichtlich sei.²² Diese Feststellung ist daher nicht zu überprüfen.

4. Materielle Rechtswidrigkeit

a) Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz besagt, dass eine Wiederherstellungsverfügung nicht weiter gehen darf, als zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlich ist. Mit der Wiederherstellungsverfügung ist dem Betroffenen daher Gelegenheit zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zu geben.²³ Aber auch beim Fehlen eines nachträglichen Baugesuchs haben die Rechtsmittelinstanzen wenigstens summarisch zu prüfen, ob das Vorhaben gegen einschlägige Vorschriften verstösst (sog. materielle Rechtswidrigkeit). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts gilt es als unverhältnismässig, eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigen zu lassen.²⁴

b) Die Gemeinde prüfte in ihrem Entscheid einlässlich, ob die montierte Solaranlage den anwendbaren Vorschriften entspricht und stellte fest, dass die Solaranlage dem materiellen Baurecht nicht widerspricht. Dafür fehlte ihr die entsprechende Grundlage. Die Gemeinde durfte zwar im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer baupolizeilichen Wiederherstellung summarisch prüfen, ob die Solaranlage in der heutigen Form bewilligungsfähig wäre. Eine einlässliche Prüfung und Bewilligung der Anlage in der heute bestehenden Form hätten hingegen nur die Beschwerdegegner mittels Einreichen eines nachträglichen Baugesuchs veranlassen können.²⁵ Die Erwägungen der Gemeinde zur Bewilligungsfähigkeit können somit nur Begründung für den Verzicht auf baupolizeiliche Massnahmen sein. Sie dürfen nicht zu einer behördlichen Feststellung der Baurechtskonformität führen und als Teil des Dispositivs rechtskräftig werden. Die Beschwerde wird in diesem Punkt gutgeheissen. Entsprechend ist Ziff. 21 der Verfügung der Gemeinde aufzuheben.

²² Pag. 58 der Vorakten

²³ Art. 46 Abs. 2 Bst. b BauG

²⁴ BVR 2000 S. 416 E. 3a; vgl. ferner die weiteren Hinweise bei Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 15a

²⁵ BVR 2000, 416 E. 3a

c) Gemäss der oben zitierten Rechtsprechung hat die summarische Prüfung der materiellen Rechtswidrigkeit nur einen Zweck. Sie soll verhindern, dass eine an sich bewilligungsfähige Baute oder Anlage bloss wegen Fehlens der Baubewilligung beseitigt werden muss. Wie die nachfolgende Erwägung zeigt, führen Gründe der Verhältnismässigkeit und des Interesses an der Nutzung der Solarenergie dazu, dass vorliegend auf die Wiederherstellung verzichtet wird. Damit entfällt die Notwendigkeit einer summarischen Prüfung der materiellen Rechtswidrigkeit. Die summarische Prüfung, ob das Vorhaben gegen einschlägige Vorschriften verstösst, kann damit grundsätzlich unterbleiben. Wichtig erscheint jedoch der Hinweis, dass zwar gemäss Art. 18a Abs. 4 RPG die Interessen an der Nutzung der Solarenergie auf bestehenden oder neuen Bauten den ästhetischen Anliegen grundsätzlich vorgehen, soweit nicht Denkmäler betroffen sind. Die Tragweite dieser Bestimmung ist jedoch noch nicht abschliessend geklärt.²⁶ Benötigt eine Solaranlage eine Baubewilligung, weil sie nicht im Sinne von Art. 32a Abs. 1 RPG genügend angepasst ist²⁷, ist zu prüfen, ob sie den Anforderungen des kantonalen Rechts genügt. Dabei ist namentlich Art. 18a Abs. 4 RPG Rechnung zu tragen, wonach die Interessen an der Nutzung der Solarenergie auf bestehenden oder neuen Bauten den ästhetischen Anliegen grundsätzlich vorgehen.²⁸ Dass damit eine Prüfung der Ästhetik entfallen sollte, widerspricht sowohl dem Wortlaut ("grundsätzlich") als auch der Logik des Gesetzgebers. Dieser hat nur ästhetisch genügend angepasste Solaranlagen auf Dächern sowie kleinen Nebenanlagen als baubewilligungsfrei erklärt und damit deutlich gemacht, dass die ästhetische Einordnung bei den übrigen Anlagen gerade geprüft werden muss. Auflagen zur Verbesserung der Gestaltung müssen daher möglich sein. Ob hingegen aus ästhetischen Gründen die Bewilligung einer Anlage wie der vorliegenden verweigert werden dürfte, muss mangels nachträglichem Baubewilligungsverfahren nicht geklärt werden. Die vom Beschwerdeführer angerufenen Sonderbauvorschriften zur E._____ wären so oder anders nicht zu berücksichtigen, da sie seit längerem aufgehoben wurden.²⁹ Gleiches gilt für die entsprechende Dienstbarkeit (Baubeschränkung). Diese wurde nicht

²⁶ Vgl. dazu Peter Hettich/ Gian Luca Peng, Erleichterte Bewilligung von Solaranlagen in der Rechtspraxis: gut gemeint, wenig effektiv und verfassungsrechtlich fragwürdig, in: AJP 2015 S. 1427, S. 1432 mit weiteren Hinweisen

²⁷ Vgl. dazu auch die kantonalen Richtlinien "Baubewilligungsfreie Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energien" des Regierungsrates des Kantons Bern vom Januar 2015, Ziff. 2

²⁸ Vgl. dazu den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 08.05.2014, E. 5.1

²⁹ Vgl. das von der Gemeinde eingereichte Baureglement, Totalrevision vom 2. November 1976 mit Teilrevisionen vom 3. Dezember 1978 und 9. Juni 1985, Art. 42 Abs. 3

zugunsten des Beschwerdeführers eingetragen und deren allfällige Wirkungen wären durch das Zivilgericht zu beurteilen.³⁰

5. Wiederherstellung

a) Wird ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer Baubewilligung ausgeführt oder werden bei der Ausführung eines bewilligten Vorhabens Vorschriften missachtet (sog. formelle Rechtswidrigkeit), so setzt die Baupolizeibehörde eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 46 Abs. 1 und 2 BauG). Die Wiederherstellung bedeutet eine Eigentumsbeschränkung und ist deshalb nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und nicht Treu und Glauben widerspricht. Diese Voraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen.³¹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder die Wiederherstellung nicht im öffentlichen Interesse liegt, ebenso, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, die von ihm ausgeübte Nutzung stehe mit der Baubewilligung im Einklang, und ihre Fortsetzung nicht schwerwiegenden öffentlichen Interessen widerspricht.³² Auch eine Bauherrschaft, die nicht gutgläubig gehandelt hat, kann sich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen. Sie muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beimessen und die der Bauherrschaft allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Mass berücksichtigen.³³

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 2 N. 4a

³¹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9

³² BGE 132 II 21 E. 6

³³ BVR 2006 S. 444 E. 6.1

b) Die Gemeinde erwog, dass die Beschwerdegegner glaubwürdig dargetan hätten, dass die Aufständering und das Ausmass der Neigung Grundbedingung für die angewendete Technologie sei. Daher gehe das Interesse an der Nutzung der Solarenergie in Anwendung von Art. 18a Abs. 4 RPG den ästhetischen Anliegen vor.

c) Der Beschwerdeführer bringt hingegen vor, die Anlage sei gemäss den kantonalen Richtlinien über bewilligungsfreie Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energien des Regierungsrates des Kantons Bern vom Januar 2015 nicht bewilligungsfähig. Die Betriebsbedingungen des gewählten Solaera-Systems würden eine "Ausnahmebewilligung für die Aufständering" nicht rechtfertigen. Gemäss den Richtlinien sollen aufgeständerte Anlagen, welche die Dachfläche im rechten Winkel um mehr als 20 cm überragen, nur in Ausnahmefällen angewendet werden, denn der Mehrertrag sei bescheiden.

d) Die Beschwerdegegner haben dem Baugesuch vom Februar 2015 eine Produktebeschreibung der von ihr gewählten Anlage "Solaera" beigelegt. Die darin enthaltenen Herstellerangaben erachtet das AUE als plausibel und nachvollziehbar. Demnach handelt es sich um ein neues, innovatives Solarheizsystem mit diversen Komponenten. Die Anlage besteht aus einer Sole/Wasser-Wärmepumpe, die mit einer thermischen Solaranlage zur Warmwasserbereitung und Raumheizung gekoppelt wird. Damit das System eine hohe Wirtschaftlichkeit ausweisen kann, bedarf es eines optimierten Einsatzes der Hybrid-Flachkollektoren. Bei guter Einstrahlung übernimmt der Hybridkollektor direkt die Wärmeversorgung, ohne dass die Wärmepumpe laufen muss. Die Anlage benötigt eine Neigung von 60 bis 90 Grad. Diese Neigung kann auf 45 Grad reduziert werden, wenn die Schneeräumung einfach ist.

e) Das AUE führt in seinem Bericht zudem aus, es sei ein hoher Solarertrag über die Kollektoren nötig, damit das System effizient betrieben werden könne. Der Solarertrag geschehe einerseits in Form von erwärmter Solarflüssigkeit, die dem Kombispeicher zugeführt werde, andererseits in Form von erwärmtem Luftstrom, welcher der Wärmepumpe zugeführt werde. Für beide Vorgänge sei eine möglichst schneefreie Absorberfläche erforderlich. Im Weiteren sollte der abgerutschte Schnee nicht längere Zeit auf den Modulen liegen, damit die Einströmöffnung der Hybridkollektoren frei bleibe. Demzufolge scheine auch das Abheben der Kollektoren von der Dachhaut im vorderen Bereich erforderlich zu sein. Das AUE leitet die Anzahl Schneetage für die Anlage in Spiez von im Internet veröffentlichten Daten der Station in Hasliberg ab und rechnet mit rund 26

Tagen mit Neuschnee. Es geht davon aus, dass sich der Solarertrag um bis zu einem Zwölftel des Jahresertrages reduziert, wenn der Neuschnee jeweils einen Tag liegen bleibt. Das AUE kommt zum Schluss, dass die Schneebedeckung der Hybrid-Flachkollektoren einen wesentlichen Einfluss auf die Anlage als Gesamtsystem hat und sich der Solarertrag markant verschlechtert, wenn der Schnee aufgrund geringerer Neigung der Kollektoren bzw. der nicht gewährleisteten Schneeräumung mehrere Tag liegen bleibt.

f) Gestützt auf die überzeugenden Ausführungen des AUE ist davon auszugehen, dass die Anlage möglichst schneefrei sein sollte, um Einbussen beim Solarertrag zu verhindern. Gemäss den bei MeteoSwiss eingeholten Schneedaten ergeben sich für die Stationen Hondrich und Wimmis folgende Anzahl Tage, an denen Schnee gemessen wurde:

Wintersaison:	2013/2014	2014/2015	2015/2016
Hondrich:	59	62	49
Wimmis:	43	63	42

Da sich die Station Hondrich auf 760 m ü.M. befindet, erweisen sich die Daten der Station Wimmis für die Beurteilung der Anzahl Tage mit Schnee in Spiez als aussagekräftiger. Dort wurden die letzten drei Saisons im Schnitt an rund 50 Tagen Schnee gemessen. Dem AUE ist daher auch darin beizupflichten, dass bei der Anlage in Spiez mit markanten Einbussen gerechnet werden müsste, wenn der Schnee auf der Anlage liegen bleiben würde. Ein wirtschaftliches Betreiben der Anlage erfordert damit einen Winkel von mindestens 60 Grad.

g) Die Beschwerdegegner haben vorliegend diejenige Anlage gebaut, für welche sie korrekte Herstellerdaten geliefert haben. Dem Baugesuch haben sie zudem eine Fotomontage beigelegt. Darauf war zu erkennen, dass die Anlage oberhalb der bestehenden Lukarne angebracht wird. Dass die Anlage aufgeständert sein würde, war zudem in den Zustimmungserklärungen der Nachbarn erwähnt.³⁴ Die Gemeinde hat fälschlicherweise keine Pläne verlangt und die Fotomontage zur Grundlage der Baubewilligung erklärt. Damit waren weder das Ausmass der Anlage noch der Winkel der Aufständigung klar definiert. Aufgrund der von ihnen gelieferten Unterlagen und der daraufhin erteilten Baubewilligung durften die Beschwerdegegner davon ausgehen, dass

³⁴ Pag. 1 ff. Vorakten

sie zum Bau der Anlage Solaera berechtigt waren. Sie gelten daher insofern als gutgläubig im baurechtlichen Sinn.³⁵

h) Gegen den Verzicht auf eine Wiederherstellung wehrt sich der Beschwerdeführer aus ästhetischen Gründen. Dem Beschwerdeführer ist insoweit zuzustimmen, als eine Aufständigung im vorliegenden Ausmass Ausnahmefällen vorbehalten bleiben muss. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Liegenschaft der Beschwerdegegner nicht geschützt ist und sich in keiner Schutzzone befindet. Wie bereits erwähnt, wurden die Sonderbauvorschriften zur E._____ seit längerem aufgehoben und sind daher nicht zu berücksichtigen.³⁶ Gleiches gilt für die entsprechende Dienstbarkeit (Baubeschränkung). Diese wurde nicht zugunsten des Beschwerdeführers eingetragen und deren allfällige Wirkungen wären durch das Zivilgericht zu beurteilen.³⁷ Eine besondere Rücksichtnahme ist damit vorliegend nicht geboten. Zu beachten ist zudem, dass eine Reduktion der Neigung ästhetisch nur eine geringe Verbesserung mit sich bringen würde.

i) Sowohl das Bundesrecht (Art. 18a Abs. 4 RPG) als auch das kantonale Recht (Art. 2 und 34 KEnG³⁸) betonen die Wichtigkeit der Nutzung von Solarenergie bzw. von erneuerbaren Energien. Auch das AUE hebt diese in seinem Bericht hervor. Da ein wirtschaftliches Betreiben der Anlage einen Winkel von 60 Grad erfordert, überwiegt vorliegend das Interesse an der Nutzung der Solarenergie, zumal die Beschwerdegegner gutgläubig sind. Eine Anpassung oder Entfernung der Anlage aus ästhetischen Gründen ist nicht zumutbar. Ob eine Reduktion der Neigung tatsächlich ohne grösseren Aufwand möglich wäre, wie dies das AUE vermutet, kann daher offen bleiben. Auf eine Wiederherstellung ist aus diesen Gründen zu verzichten. Die Beschwerde wird diesbezüglich abgewiesen.

6. Kosten

³⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 46 N. 9b Bst. a

³⁶ Vgl. das von der Gemeinde eingereichte Baureglement, Totalrevision vom 2. November 1976 mit Teilrevisionen vom 3. Dezember 1978 und 9. Juni 1985, Art. 42 Abs. 3

³⁷ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 2 N. 4a

³⁸ Kantonales Energiegesetz vom 15. Mai 2011 (KEnG; BSG 741.1)

a) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

b) Im vorliegenden Fall hat die Gemeinde im Baubewilligungsverfahren nicht genügend Pläne nachgefordert. Dieser Verfahrensfehler hat dazu geführt, dass die Dimensionen des Projekts im Bewilligungsstadium unterschätzt worden sind, was mitunter das vorliegende Verfahren ausgelöst hat. Zudem hat die Gemeinde zu Unrecht festgestellt, dass die Solaranlage dem materiellen Baurecht nicht widerspricht. Diese Umstände rechtfertigen es, keine Verfahrenskosten zu erheben.

c) Die Verfahrensparteien sind nicht anwaltlich vertreten und Behörden haben keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 VRPG). Parteikosten werden deshalb keine gesprochen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Ziff. 21 der Verfügung der Gemeinde Spiez vom 3. Februar 2016 wird aufgehoben.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen und die Verfügung der Gemeinde Spiez vom 3. Februar 2016 bestätigt, soweit sie angefochten war.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A._____, eingeschrieben
- Frau C._____ und Herrn B._____, eingeschrieben
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Spiez, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, zur Kenntnis
- Amt für Umweltkoordination und Energie, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin