

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2015/105

Bern, 15. Januar 2016

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.**_____
Beschwerdeführer 1

Frau **B.**_____
Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Herrn Fürsprecher C._____



und

D._____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch E._____

und

F._____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte

sowie

Regierungsstatthalteramt Thun, Scheibenstrasse 3, 3600 Thun

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberhofen, Gemeindeverwaltung, Schoren 1,
3653 Oberhofen

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Thun vom 6. Juli 2015 (bpol
3/2014; Widerruf Baubewilligung)

I. Sachverhalt

1. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte reichte am 6. Dezember 2010 bei der Gemeinde Oberhofen am Thunersee ein Baugesuch ein für den Abbruch der bestehenden Gebäude und den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern mit acht Wohnungen und einem Verkaufsladen sowie einer unterirdischen Einstellhalle auf den Parzellen Oberhofen am Thunersee Grundbuchblatt Nrn. G._____ und H._____. Die Parzellen liegen in der Wohnzone W2 und im mittlerweile aufgehobenen Schutzgebiet I._____. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen die Beschwerdeführenden Einsprache.

Mit Gesamtentscheid vom 23. November 2011 erteilte das Regierungsstatthalteramt von Thun die Baubewilligung. Die dagegen bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) eingereichte Beschwerde zogen die Beschwerdeführenden wieder zurück, worauf das Rechtsamt der BVE das Beschwerdeverfahren RA Nr. 110/2011/175 am 20. Januar 2012 abschrieb. Der Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts von Thun vom 23. November 2011 ist rechtskräftig.

2. Mit den Bauarbeiten wurde nicht begonnen. Stattdessen verkaufte die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte die Parzellen Oberhofen am Thunersee Grundbuchblatt Nrn. G._____ und H._____ im Dezember 2012 an die Beschwerdegegnerin. Diese reichte am 3. Januar 2013 bei der Gemeinde Oberhofen am Thunersee ein als Projektänderung zum Gesamtbauentscheid vom 23. November 2011 bezeichnetes Baugesuch ein. Dieses sah weiterhin zwei Mehrfamilienhäuser vor, jedoch unter anderem im Erdgeschoss des Gebäudes J._____strasse 33 zwei zusätzliche Wohnungen anstelle des Verkaufsladens sowie weitere Änderungen im Bereich der Einstellhalle. Das oberirdische Gebäudevolumen sollte gemäss Projektbeschrieb unverändert bleiben. Mit Gesamtbauentscheid vom 7. August 2013 erteilte das Regierungsstatthalteramt von Thun die Baubewilligung und wies die unter anderen von den Beschwerdeführenden eingereichte Einsprache ab. Die dagegen von den Beschwerdeführenden eingereichte Beschwerde hiess die BVE am 11. Februar 2014 gut und überwies das mit der Beschwerde gestellte Gesuch auf Widerruf der Baubewilligung vom 23. November 2011 an das Regierungsstatthalteramt von Thun (RA Nr. 110/2013/360). Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde der Beschwerdegegnerin wies das Verwaltungsgericht mit Entscheid vom 9. Dezember 2014 ab (VGE 100.2014.76).

3. Mit Entscheid vom 6. Juli 2015 wies das Regierungsstatthalteramt von Thun das Begehren um Widerruf der Baubewilligung vom 23. November 2011 ab. Zudem stellte es fest, dass die Baubewilligung vom 23. November 2011 ab Rechtskraft des Entscheides noch während einem Jahr und elf Tagen ausgeübt werden kann.

4. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 3. August 2015 Beschwerde bei der BVE ein. Sie beantragen den Widerruf der Baubewilligung gemäss Gesamtentscheid des Regierungsstatthalteramts von Thun vom 23. November 2011 und damit sinngemäss die Aufhebung des Entscheides vom 6. Juli 2015. Sie machen geltend, die zulässige Gebäudehöhe sei massiv überschritten. Die Bauherrschaft habe noch nicht mit den Bauarbeiten begonnen und die Überhöhe könne mit einem angepassten Projekt ohne weiteres vermieden werden.

5. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte schliesst sich mit Stellungnahme vom 12. November 2015 den Ausführungen der Beschwerdegegnerin an und beantragt, auf den Widerruf des Gesamtentscheides vom 23. November 2011 sei zu verzichten. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Verfügungen betreffend den Widerruf einer Baubewilligung können laut Art. 43 Abs. 3 BauG² wie ein Bauentscheid angefochten werden. Das gilt auch für die Verweigerung des

¹ 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)

² Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

Widerrufs.³ Bauentscheide können innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden (Art. 40 Abs. 1 BauG). Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid des Regierungsstatthalteramts Thun zuständig.

b) Die Beschwerdeführenden sind Adressaten des angefochtenen Entscheids. Sie sind als Nachbarn mehr als jedermann betroffen. Die Beschwerdeführenden sind sowohl formell als auch materiell beschwert und haben somit im Sinn von Art. 65 Bst. a VRPG⁴ ein schutzwürdiges Interesse an der Abänderung des angefochtenen Entscheids. Auf die form- und fristgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

2. Befangenheit

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, der Regierungsstatthalter von Thun sei befangen. Er kritisiere die Entscheide der Rechtsmittelinstanzen betreffend die Bestimmung des massgebenden Terrains, womit er zum Ausdruck bringe, dass seine Auffassung unverändert (und richtig) sei. Damit sei in Frage gestellt, ob eine objektive Güterabwägung möglich gewesen sei.

b) Eine Person, die eine Verfügung oder einen Entscheid zu treffen oder vorzubereiten oder als Mitglied einer Behörde zu amten hat, tritt in den Ausstand, wenn sie aus einem der in Art. 9 Abs. 1 Bst. a bis f VRPG aufgeführten Gründe in der Sache befangen sein könnte. Bei der Auslegung der Ausstands- und Ablehnungsgründe ist auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen von Art. 29 und Art. 30 BV⁵ bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK⁶ betreffend unabhängige und unparteiische Richter und Gleichbehandlung zu berücksichtigen.⁷ Für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nichtrichterlicher Behördenmitglieder gelten aber nicht die gleichen Grundsätze wie für Mitglieder von Gerichtsbehörden. Bei nichtrichterlichen Behördenmitgliedern ist dem

³ BVR 1996 S. 450 E. 1b

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

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

⁶ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)

⁷ Vgl. etwa BGE 136 I 207 E. 3.1, 114 Ia 50 E. 3

spezifischen Umfeld und Aufgabenbereich von Verwaltungs- und Exekutivbehörden Rechnung zu tragen und die Anforderungen an die Unparteilichkeit sind unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation zu ermitteln. Nichttrichterliche Behördenmitglieder haben nur in den Ausstand zu treten, wenn sie am betreffenden Geschäft ein persönliches Interesse haben, zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber der Partei ihre persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck gebracht haben oder wenn ihnen Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen sind, die nach ihrer Natur oder wegen ihrer aussergewöhnlichen Häufung besonders schwer wiegen und auf eine gravierende Verletzung ihrer Amtspflichten hinauslaufen.⁸

c) Der Regierungsstatthalter von Thun hat kein persönliches Interesse am Bauvorhaben und er hat den Beschwerdeführenden gegenüber auch nicht eine Abneigung oder Geringschätzung zum Ausdruck gebracht. Beides wird von den Beschwerdeführenden auch nicht geltend gemacht. Die Aufhebung des Entscheides durch eine obere Instanz und Rückweisung zu neuem Entscheid löst ebenfalls keine Ausstandspflicht aus. Das heisst ein falscher materieller Entscheid vermag für sich allein nicht den Anschein der Befangenheit in einer Sache zu begründen.⁹ Ungewöhnlich ist im vorliegenden Fall zwar, dass sich der Regierungsstatthalter im Widerrufsentscheid mit den Entscheiden der Rechtsmittelinstanzen befasst, welche zur Aufhebung der von ihm erteilten Baubewilligung führten. Er führt jedoch lediglich allgemein aus, das für die Bestimmung der Gebäudehöhe massgebende Terrain sei sorgfältig unter Beizug des Amts für Gemeinden und Raumordnung (AGR) sowie des Kreisgeometers bestimmt worden. Dies lässt ihn noch nicht als befangen erscheinen und auch die Aussage, er selbst wie auch die beigezogenen Fachleute seien anderer Auffassung gewesen als letztlich die Rechtsmittelinstanzen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Rüge der Befangenheit erweist sich damit als unbegründet.

3. Widerruf des Gesamtentscheids vom 23. November 2011

a) Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Baubewilligung gemäss Gesamtentscheid vom 23. November 2011 sei ursprünglich rechtsfehlerhaft. Die zulässige Gebäudehöhe von 7 m sei massiv überschritten, weshalb die Bewilligung gar nicht hätte

⁸ BVR 2011 S. 128 E. 2.2; BGE 140 I 326 E. 5.2

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 9 N. 11 und 17

erteilt werden dürfen. Die Realisierung des Bauvorhabens würde wesentliche öffentliche Interessen verletzen, da eine solche Baute auch nicht auf dem Ausnahmeweg hätte bewilligt werden können. Die Vorschriften für die Gebäudehöhe seien insbesondere für das Quartier- und Ortsbild wesentlich. Zudem könne die Überhöhe ohne weiteres vermieden werden und eine gute, baureglementskonforme Überbauung sei möglich. Abweichungen von Bauvorschriften würden auch in Wiederherstellungsverfahren nicht geduldet und die Praxis verlange selbst bei erheblichen Kosten die Wiederherstellung. Die Bauherrschaft habe noch nicht mit den Bauarbeiten begonnen oder sonst wie erhebliche Arbeiten aufgewendet. Es sei nicht erkennbar, in welchen privaten bzw. materiellen Interessen die Beschwerdegegnerin geschützt werden müsste, indem ihr der Bau einer widerrechtlich hohen Baute gestattet werde. Es grenze an Rechtsmissbrauch, wenn sich die Beschwerdegegnerin heute auf die fehlerhafte und rechtswidrige Baubewilligung berufen wolle.

Die Beschwerdegegnerin bringt vor, es liege in Bezug auf die rechtlich massgebende Gebäudemessweise kein klarer Fall vor. Die Vorinstanz habe sich im fraglichen Entscheid eingehend mit der Bestimmung des massgeblichen Terrains befasst und neben dem Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) auch den Nachführungsgeometer beigezogen. Trotzdem sei die Frage anders beantwortet worden, als letztlich durch das Verwaltungsgericht. Dies relativiere das Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts. Die Beschwerdeführenden hätten ihre ursprüngliche Beschwerde angesichts des Interesses an einer F. _____-Filiale zurückgezogen und dieses Interesse damit höher gewichtet als dasjenige an der Gebäudehöhe. Die Beschwerdegegnerin bringt weiter vor, sie habe nicht nur zwei Grundstücke erworben, sondern ein bewilligtes Bauprojekt, was ein gewichtiges Argument für den Kauf gewesen sei und sich auch auf den Preis ausgewirkt habe. Würde die Baubewilligung widerrufen, so müsste ein völlig neues Bauprojekt geplant und ein neues Baubewilligungsverfahren durchlaufen werden, was erhebliche Kosten und Verzögerungen bedeuten würde. Die Beschwerdeführenden hätten ihre Beschwerde damals zurückgezogen. Das Interesse an der Rechtssicherheit und am Weiterbestand der Baubewilligung sei aufgrund der Vertrauenslage, des guten Glaubens und der Vertrauensbetätigung höher zu gewichten als die Einhaltung des objektiven Rechts. Mit dem vorläufigen Verzicht auf den Baubeginn habe sie sich korrekt verhalten und dies dürfe ihr nicht zum Nachteil ausgelegt werden, da sie sonst gegenüber einer Bauherrschaft, die ungeachtet eines Widerrufsverfahrens baue, schlechter gestellt würde.

b) Eine im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften erteilte oder bei ihrer Ausübung mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbare Baubewilligung kann von der Baubewilligungsbehörde widerrufen werden (Art. 43 Abs. 1 BauG). Allerdings kann nicht jede fehlerhafte Baubewilligung nach Eintritt der Rechtskraft von der Baubewilligungsbehörde zum Nachteil der Bauherrschaft geändert werden. Da die Baubewilligung aufgrund eines ausgebauten Verfahrens mit weitgehenden Prüfungs-, Einsprache- und Beschwerdemöglichkeiten zustande gekommen ist, darf sie nicht leichthin infrage gestellt werden, weil sonst die Rechtssicherheit beeinträchtigt würde. Ein Widerruf setzt deshalb voraus, dass die Ausführung des Bauvorhabens wesentliche schutzwürdige Interessen verletzen würde.¹⁰ Es ist abzuwägen, ob dem Postulat der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts oder dem Interesse an der Wahrung der Rechtssicherheit (bzw. dem Vertrauensschutz) der Vorrang zukommt.¹¹

Sind aufgrund der Baubewilligung bereits erhebliche Arbeiten ausgeführt, so ist der Widerruf nur zulässig, wenn überwiegende Interessen ihn gebieten oder der Gesuchsteller die Bewilligung durch Irreführung erwirkt hat (Art. 43 Abs. 2 BauG).

c) Vorliegend ist unbestritten, dass das Bauvorhaben die zulässige Gebäudehöhe überschreitet. Der Gesamtentscheid vom 23. November 2011 steht damit im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften. Unbestritten ist weiter, dass die Beschwerdegegnerin mit den Bauarbeiten noch nicht begonnen hat. Sie bzw. die von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte hat die Baubewilligung auch nicht durch Irreführung erwirkt. Es kommt daher Absatz 1 von Art. 43 BauG zu Anwendung.

d) Ausgangspunkt ist zunächst das Mass der Abweichung vom Erlaubten. Hierzu kann auf die Entscheide des Verwaltungsgerichts und der BVE betreffend das von der Beschwerdegegnerin abgeänderte Projekt zurückgegriffen werden. Dieses abgeänderte Projekt sah wie das am 23. November 2011 bewilligte erste Projekt zwei Mehrfamilienhäuser an derselben Stelle und mit denselben Dimensionen und Gebäudehöhen vor. Geplant waren jedoch unter anderem anstelle des Verkaufsladens zwei Wohnungen. Dieses Vorhaben war Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens, in dem auch die Bestimmung des massgebenden Terrains und damit der Gebäudehöhe umstritten

¹⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Auflage, Band I, Bern 2013, Art. 43 N. 4; BGE 105 Ia 316, 103 Ib 206 f. E. 3

¹¹ siehe BGE 137 I 69 E. 2.6

war.¹² Die Feststellungen des Verwaltungsgerichts und der BVE betreffend das massgebende Terrain bzw. die Gebäudehöhe gelten daher auch für das erste Projekt, wie es mit dem umstrittenen Gesamtentscheid bewilligt wurde. Die Gebäudehöhe beträgt damit beim Gebäude J._____strasse 35 gemessen in den Baubewilligungsplänen auf der Westseite ungefähr 8,30 m und auf der Ostseite etwa 8,70 m.¹³ Auf der Südseite ist eine Gebäudehöhe von 7,42 m eingetragen, das massgebende Terrain liegt jedoch um 1,40 m tiefer, so dass eine Gebäudehöhe von 8,82 m resultiert.¹⁴ Auch bei Gewährung des Hangzuschlags von 1 m ist die Gebäudehöhe auf der Südseite erheblich überschritten. Die zulässige Gebäudehöhe von 7 m ist damit auf drei Fassaden deutlich überschritten. Betreffend die Nordseite hat das Verwaltungsgericht keine Feststellungen getroffen, es ist aber davon auszugehen, dass die Gebäudehöhe nordseitig eingehalten ist. Beim Gebäude J._____strasse 33 ist die Gebäudehöhe ostseitig um 0,05 m überschritten; für die Westseite hat das Verwaltungsgericht den massgebenden Terrainverlauf offen gelassen, so dass dazu keine verbindliche Aussage besteht.¹⁵ Auf der Südseite ist die Gebäudehöhe unter Beanspruchung des Hangzuschlages eingehalten und auf der Nordfassade ist die Gebäudehöhe ebenfalls eingehalten.

Nicht auf das erste Projekt übertragbar sind die Feststellungen des Verwaltungsgerichts betreffend die Überschreitung der zulässigen Firsthöhe durch das zweite Projekt. Mit dem Inkrafttreten des neuen Gemeindebaureglements ist die Firsthöhe wie die Gebäudehöhe vom gewachsenen Terrain aus zu messen (Art. A132 Abs. 1 in Verbindung mit A111 Anhang GBR¹⁶),¹⁷ während die Firsthöhe nach dem früheren Gemeindebaureglement vom fertigen Terrain aus zu messen war (Art. 51 aGBR¹⁸ in Verbindung mit Anhang I, Art. 21 aGBR). Die Feststellung des Verwaltungsgerichts, wonach die Firsthöhe beim zweiten Projekt überschritten ist, lässt sich damit allein auf die Änderung der Messweise zurückführen. Es gibt keine Anzeichen dafür und wird auch nicht geltend gemacht, dass die

¹² VGE 100.2014.76 vom 9.12.2014 E. 4; BDE 110/2013/360 vom 11.2.2014 E. 4

¹³ VGE 100.2014.76 vom 9.12.2014 E. 4.5; BDE 110/2013/360 vom 11.2.2014 E.4c; Plan Ansichten / Schnitte Ost + West (Projektüberarbeitung) vom 30. März 2011, Schnitte C-C und D-D

¹⁴ VGE 100.2014.76 vom 9.12.2014 E. 4.5; BDE 110/2013/360 vom 11.2.2014 E.4c; Plan Ansichten / Schnitte Süd + Nord (Projektüberarbeitung) vom 30. März 2011, Schnitt F-F

¹⁵ VGE 100.2014.76 vom 9.12.2014 E. 4.5

¹⁶ Baureglement der Gemeinde Oberhofen vom 14. Mai 2012 (GBR)

¹⁷ VGE 100.2014.76 vom 9.12.2014 E. 4.5

¹⁸ Baureglement der Gemeinde Oberhofen vom 10. September 1990 (aGBR)

Firsthöhe beim mit Gesamtentscheid vom 23. November 2011 unter altem Recht bewilligten ersten Projekt nicht eingehalten gewesen sein sollte.

Die beiden geplanten Gebäude weisen in den Geschossen dieselbe Kote auf und sie verfügen über ein gemeinsames und durchgehendes Untergeschoss mit Verkaufs- und Lagerflächen, mit Technikräumen und Einstellhalle. Es handelt sich damit um ein Gesamtprojekt, das auch als solches zu beurteilen ist.

Die zulässige Gebäudehöhe ist beim Gebäude J. _____ strasse 33 geringfügig, beim Gebäude J. _____ strasse 35 hingegen erheblich überschritten. Die Firsthöhe war im Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung eingehalten. Allerdings ist das Mass der Abweichung nicht allein entscheidend. In der Interessenabwägung ist vielmehr zu berücksichtigen, welche Bedeutung einer Vorschrift im konkreten Fall zukommt.

e) Die Beschwerdeführenden bringen vor, die Gebäudehöhe sei in Bezug auf das Ortsbild relevant. Das Bauvorhaben befindet sich in der Wohnzone W2. Zudem war im Zeitpunkt der Erteilung der umstrittenen Baubewilligung noch das Schutzgebiet I. _____ in Kraft. Im Schutzgebiet I. _____ sollte die Massstäblichkeit der bestehenden Überbauung beibehalten werden. Zudem galten eine zulässige Gebäudelänge von 15 m, eine Gebäudehöhe von 7 m und eine Gebäudebreite von 12 m (Art. 47 aGBR). Weitergehende Anforderungen ergeben sich für das Schutzgebiet I. _____ nicht. Mit Inkrafttreten des aktuellen Gemeindebaureglements wurde das Schutzgebiet I. _____ aufgehoben. Massgebend ist das allgemeine Interesse am Ortsbildschutz. Im vorliegenden Fall ist diesbezüglich in erster Linie die vom See bzw. von Süden her sichtbare Gebäudesilhouette massgebend. Im Plan Ansichten / Schnitte Süd + Nord (Projektüberarbeitung) vom 30. März 2011 ist ersichtlich, dass das Bauvorhaben mit dem Nachbargebäude auf der Parzelle Oberhofen Grundbuchblatt Nr. K. _____ eine gleichmässige Silhouette ergibt. Obwohl das geplante Gebäude J. _____ strasse 35 die zulässige Gebäudehöhe erheblich überschreitet, erscheint es im Vergleich mit den Nachbargebäuden nicht wesentlich höher und es sticht nicht auffällig hervor. Von Blickrichtung Süden her ist das Ortsbild durch das Bauvorhaben damit nicht beeinträchtigt. Auch auf der Nordseite ergibt sich eine gleichmässige Silhouette mit dem Nachbargebäude auf der Parzelle Oberhofen Grundbuchblatt Nr. K. _____. Zusätzlich ist die Nordseite weniger gut einsehbar als die Südseite und es ist auf dieser Seite die Gebäudehöhe bei beiden Gebäuden eingehalten. Auch von Norden her ist das Ortsbild durch das

Bauvorhaben damit nicht beeinträchtigt. Auf der Ostseite sind die geplanten Gebäudedimensionen aufgrund der bestehenden Bebauung sowie der Tatsache, dass die Erdgeschosse der geplanten Gebäude deutlich tiefer liegen als der L._____weg, für das Ortsbild nicht relevant. Hingegen ist das Gebäude J._____strasse 33 auf der Westseite exponiert an der Einmündung vom L._____weg in die J._____strasse geplant und es grenzt dort an den öffentlichen Raum an. Ob die Gebäudehöhe auf der Westseite überhaupt überschritten ist, hat das Verwaltungsgericht offen gelassen. So oder anders steht aufgrund der Visualisierung bei den Plänen in den Vorakten fest, dass das Bauvorhaben in Bezug auf das Ortsbild vom öffentlichen Raum im Bereich der Kreuzung aus betrachtet unproblematisch ist.¹⁹ Dies bestätigt auch die Beurteilung der im Baubewilligungsverfahren beigezogenen Kantonalen Denkmalpflege (KDP). Im Fachbericht vom 11. Februar 2011 erklärte die KDP, "die geplanten Hochbauten orientieren sich in der Situierung, Dimensionierung und Gesamtform an den umgebenden Wohnhäusern". Die KDP äusserte sich damit ausdrücklich positiv zur Ortsbildverträglichkeit der Gebäudedimensionen. Hingegen hatte die KDP Vorbehalte betreffend die Ästhetik der Dach- und Fassadengestaltung und verlangte diesbezüglich die Überarbeitung des Projekts. Erst nach Anpassung des Bauprojekts erteilte die KDP ihre Zustimmung auch aus ästhetischer Sicht.²⁰ Das zeigt, dass mit der Verwirklichung des Bauvorhabens das Ortsbild nicht beeinträchtigt wird. Auch andere wesentliche schutzwürdige öffentliche Interessen werden durch die Verwirklichung des streitigen Bauvorhabens nicht verletzt.

Es ist weiter nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführenden auch nicht geltend gemacht, dass die Realisierung des Projekts wesentliche private Interessen verletzen würde. Das von den Beschwerdeführenden bewohnte Gebäude L._____weg 3 befindet sich nördlich des Gebäudes J._____strasse 35.²¹ Zwischen den Gebäuden befindet sich der L._____weg und der geringste Abstand zwischen den Gebäuden beträgt im Plan gemessen etwa 17 m. Die Gebäudehöhe wie auch die Firsthöhe sind auf der Nordseite bei beiden geplanten Gebäuden eingehalten. Mit übermässigem Schattenwurf oder einer Beeinträchtigung der Aussicht ist nicht zu rechnen. Zwar ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin mit einem neuen Projekt nicht dieselben Gebäudedimensionen verwirklichen könnte. Dies ist jedoch primär darauf zurückzuführen, dass ein neues Projekt nach dem neuen Gemeindebaureglement beurteilt werden müsste,

¹⁹ Plan Ansichten Reklamesuch 6.0, Mst. 1:200, vom 26. November 2010

²⁰ Baugesuchsakten Nr. 7.721.13.10.178 des Regierungstatthalteramts Thun, pag. 0258 ff.

²¹ Situationsplan vom 30. März 2011

welches für die Firsthöhe eine veränderte Messweise vorsieht. Die Firsthöhe ist nach neuem Gemeindebaureglement wie die Gebäudehöhe vom massgebenden Terrain aus zu messen und nicht mehr vom fertigen Terrain aus.²² Dies würde sich im vorliegenden Fall voraussichtlich erheblich auf die Dimensionen eines neuen Projekts auswirken. Zwar käme dies den Interessen der Beschwerdeführenden entgegen. Da sich diese Folge jedoch aus der geänderten Rechtslage ergibt, ist sie für die Frage des Widerrufs der rechtskräftig erteilten Baubewilligung nicht zu berücksichtigen. Dass ein neues Projekt allein durch die Einhaltung der Gebäudehöhe auf den nicht den Beschwerdeführenden zugewandten Seiten stark redimensioniert werden müsste bzw. dass sich dies erheblich zu Gunsten der Beschwerdeführenden auswirken würde, ist hingegen nicht zu erwarten. Eine unzulässige Beeinträchtigung der Beschwerdeführenden liegt daher nicht vor.

Zusammengefasst steht damit fest, dass die zulässige Gebäudehöhe zwar bei einem Gebäude erheblich überschritten ist. Im konkreten Fall führt dies jedoch nicht zu einer Verletzung wesentlicher schutzwürdiger öffentlicher oder privater Interessen.

f) Demgegenüber verfügt die Beschwerdegegnerin über schützenswerte Interessen am Fortbestand der mit Gesamtentscheid vom 23. November 2011 erteilten Baubewilligung. Dass die Beschwerdegegnerin das Projekt angepasst hat und dass sie auf die Errichtung des Verkaufsladens zu Gunsten zweier zusätzlicher Wohnungen verzichten wollte, ändert daran nichts. Die Beschwerdegegnerin hat die beiden Grundstücke im Vertrauen auf das bewilligte Bauvorhaben gekauft. Sie müsste bei einem Widerruf ein neues Projekt erarbeiten und erneut ein Baubewilligungsverfahren sowie eventuell ein Rechtsmittelverfahren durchlaufen. Entsprechend würden erneut Projektierungs-, Baubewilligungs- und allenfalls weitere Verfahrenskosten anfallen. Nachvollziehbar ist auch, dass die gewinnbringende Nutzung weiter verzögert würde und dass sich das rechtskräftig bewilligte Projekt in den Kosten für den Grundstückkauf niedergeschlagen hat.

g) Der Gesamtentscheid vom 23. November 2011 ist in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren mit den gesetzlich vorgesehenen Einsprache- und Beschwerdemöglichkeiten zustande gekommen. Ein Widerruf darf daher nicht leichtthin erfolgen, sondern er setzt voraus, dass die Ausführung des Bauvorhabens wesentliche schutzwürdige Interessen verletzen würde. Wie gezeigt, ist das vorliegend nicht der Fall.

²² siehe dazu oben E. 3d

Das Interesse an der Rechtssicherheit bzw. das berechnigte Interesse der Beschwerdegegnerin in die erteilte Baubewilligung ist daher höher zu gewichten als das Interesse an der Einhaltung der Bauvorschriften. Die Beschwerde wird abgewiesen und der Entscheid des Regierungsstatthalteramts von Thun vom 6. Juli 2015 bestätigt.

4. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Sie haben die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²³).

Die Beschwerdeführenden haben zudem der Beschwerdegegnerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²⁴ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.00 bis Fr. 11'800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG²⁵).

Die Kostennote der Anwälte der Beschwerdegegnerin beläuft sich auf Fr. 9'300.10 (Grundhonorar Fr. 6'600.00; Zuschläge zum Grundhonorar Fr. 1'980.00; Auslagen Fr. 31.20; Mehrwertsteuer Fr. 688.90).

Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Zudem stellt sich nur eine Rechtsfrage, was die Schwierigkeit des Prozesses ebenfalls als unterdurchschnittlich erscheinen lässt. Die Bedeutung der Streitsache ist angesichts der Baukosten von gemäss Baugesuch rund Fr. 5'000'000.00 als überdurchschnittlich zu werten. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 5'000.00 als angemessen. Der in der Sache

²³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

²⁴ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

²⁵ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses sind darin ausreichend berücksichtigt, so dass für einen Zuschlag kein Raum besteht.

Zu beachten ist weiter, dass die Beschwerdegegnerin mehrwertsteuerpflichtig ist.²⁶ Sie kann somit die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme deshalb einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Nach neuer Praxis des Verwaltungsgerichts ist deshalb die in der Kostennote der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin aufgeführte Mehrwertsteuer bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.²⁷

Die Beschwerdeführenden haben damit der Beschwerdegegnerin Parteikosten im Umfang von Fr. 5'031.20 (Honorar Fr. 5'000.00; Auslagen Fr. 31.20) zu ersetzen. Die nicht anwaltlich vertretene von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte hat keinen Anspruch auf Ersatz von Parteikosten, da ihr keine solchen entstanden sind.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des Regierungsstatthalteramtes von Thun vom 6. Juli 2015 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.00 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.
3. Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 5'031.20 (inkl. Auslagen) zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag.

²⁶ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

²⁷ BVR 2014 S. 484 E. 6

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher C._____, eingeschrieben
- E._____
- F._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Thun, A-Post
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberhofen, Gemeindeverwaltung,
eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin