

ENTSCHEID DER BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

Das Verwaltungsgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE 2017/215 vom 12. April 2018)

RA Nr. 110/2017/36

Bern, 19. Juni 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer 1

Herrn **B.** _____
Beschwerdeführer 2

Frau **C.** _____
Beschwerdeführerin 3

Frau **D.** _____
Beschwerdeführerin 4

Frau **E.** _____
Beschwerdeführerin 5

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher F. _____

und

G. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt H. _____

sowie

**Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberhofen am Thunersee,
Gemeindeverwaltung**, Schoren 1, Postfach 59, 3653 Oberhofen am Thunersee

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberhofen am Thunersee vom 15. Februar 2017 (Baugesuch Nr. 934-2016-22; Löschung Zweckentfremdungsverbot nach Erstwohnungsanteilplan)



I. Sachverhalt

1. Das Regierungsstatthalteramt Thun erteilte mit Gesamtentscheid vom 14. April 2010 die generelle Baubewilligung zur Überbauung des Areals "I. _____" in Oberhofen am Thunersee. Diese umfasste den Abbruch bestehender Wohnhäuser und den Neubau eines grossen Mehrfamilienhauses mit Einstellhalle auf den Parzellen Oberhofen am Thunersee Gbbl. Nr. J. _____ und K. _____ (heute nur noch Parzelle Nr. K. _____). Mit der generellen Baubewilligung wurde gestützt auf das zu diesem Zeitpunkt geltende GBR¹ 90 Prozent der Bruttogeschossfläche des Mehrfamilienhauses als Erstwohnungsfläche bewilligt.² Mit der generellen Baubewilligung wurden die Parzellen Gbbl. Nr. J. _____ und K. _____ ausserdem mit einem "Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteilsplan" belegt. Das Grundbuchamt Thun Oberland wurde beauftragt, das "Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteilsplan" im Grundbuch als Anmerkung einzutragen.³ Diese Anmerkung trug das Grundbuchamt am 16. November 2010 auf den Grundstücken Gbbl. Nr. J. _____ und K. _____ im Grundbuch ein.⁴ Mit Gesamtentscheid vom 29. Februar 2012 bewilligte das Regierungsstatthalteramt Thun das Ausführungsprojekt zur generellen Baubewilligung sowie eine Projektänderung.⁵

2. Am 16. August 2012 wurde am Grundstück Gbbl. Nr. K. _____ Stockwerkeigentum im Sinn von Art. 712a ff. ZGB⁶ begründet, noch bevor das

¹ Siehe Art. 31 Abs. 3 des Baureglements der Gemeinde Oberhofen am Thunersee in der Fassung vom 10. September 1990, genehmigt durch die Baudirektion des Kantons Bern am 20. Februar 1992 mit Änderungen

² Siehe Erstwohnungsanteilsplan (EWAP) vom 20. August 2009 pag. 73 der Akten des Regierungsstatthalteramtes Thun im Baubewilligungsverfahren bbew 98/2011

³ Siehe Ziffer 3.3 im Gesamtbaurechtsentscheid vom 14. April 2010 (Baubewilligungsverfahren bbew 85/2009) pag. 454 im blauen Ordner 3 der Gemeinde Oberhofen am Thunersee

⁴ Siehe Bescheinigung des Grundbuchverwalters vom 16. November 2010 zwischen pag. 70 und pag. 71 der Akten des Regierungsstatthalteramtes Thun im Baubewilligungsverfahren bbew 85/2009

⁵ Siehe Akten des Regierungsstatthalteramtes Thun pag. 2 im Baubewilligungsverfahren bbew 98/2011

⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 201)

Mehrfamilienhaus erstellt wurde.⁷ Insgesamt wurden 14 Stockwerkeinheiten gebildet, für die je ein separates Grundbuchblatt besteht (Gbbl. Nr. K. _____-1 bis K. _____-14). Im Zuge der Begründung der Stockwerkeigentumsanteile wurde die Anmerkung "Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteilplan" auf dem Stammgrundstück Gbbl. Nr. K. _____ gelöscht und neu auf allen 14 Stockwerkeinheiten im Grundbuch eingetragen.⁸

3. Am 6. Dezember 2012 trat das heute geltende GBR der Gemeinde Oberhofen am Thunersee in Kraft.⁹ Es schreibt in Art. 211 in Verbindung mit Anhang 158 des GBR für die Wohnzone W und damit in der ZPP G "I. _____", in der sich das Mehrfamilienhaus befindet, einen Erstwohnungsanteil von 80 Prozent vor.

4. Am 2. März 2015 reichte die Beschwerdegegnerin bei der Gemeinde ein Baugesuch ein. Darin beantragte sie, es sei die bewilligte Erstwohnungsfläche gemäss der generellen Baubewilligung vom 14. April 2010 im Umfang von Art. 211 GBR zu Wohnraum für Zweitwohnungen umzunutzen.¹⁰ Im Entscheiddispositiv vom 12. Januar 2016 hielt die Gemeinde fest, es dürften 20 Prozent der Bruttogeschossfläche als Zweitwohnungsfläche genutzt werden, aber das Zweckentfremdungsverbot nach Erstwohnungsanteilplan könne im Grundbuch erst gelöscht werden, wenn die zu befreienden Stockwerkeinheiten definiert seien. Für die Löschung des Zweckentfremdungsverbots müsse ein neues Baugesuch eingereicht werden. Dieser Entscheid blieb unangefochten.¹¹

5. Die Beschwerdegegnerin reichte am 27. Mai 2016 bei der Gemeinde erneut ein Baugesuch ein. Darin ersuchte sie die Gemeinde, das Zweckentfremdungsverbot nach Erstwohnungsanteilplan für die Stockwerkeinheiten Gbbl. Nr. K. _____-1, K. _____-3

⁷ Siehe Urkunde vom 14. August 2010, Begründung Stockwerkeigentum, pag. 47 ff. im blauen Ordner 1 der Gemeinde Oberhofen am Thunersee und sowie Urkunde vom 22. Oktober 2013, Abänderung Begründung Stockwerkeigentum, Beilage 4 zur Beschwerdeantwort vom 1. Mai 2017

⁸ Urkunde vom 14. August 2010, Begründung Stockwerkeigentum S. 4 f. pag. 50 f. im blauen Ordner 1 der Gemeinde Oberhofen am Thunersee

⁹ Siehe Art. 602 des Baureglements der Gemeinde Oberhofen am Thunersee vom 14. Mai 2012, genehmigt durch das Amt für Gemeinden und Raumordnung am 6. Dezember 2012

¹⁰ Siehe pag. 176 im blauen Ordner 2 der Gemeinde Oberhofen am Thunersee

¹¹ Siehe pag. 129 im blauen Ordner 2 der Gemeinde Oberhofen am Thunersee

und K. _____-5 zu löschen und den bewilligten Zweitwohnungsanteil gemäss dem Bauentscheid vom 12. Januar 2016 diesen Stockwerkeinheiten zuzuteilen. Gegen dieses Vorhaben erhoben die Beschwerdeführenden Einsprache. Mit Bauentscheid vom 15. Februar 2017 bewilligte die Gemeinde das Vorhaben und hob die Erstwohnungspflicht für die Wohnungen der Stockwerkeinheiten Gbbl. Nr. K. _____-1, K. _____-3 und K. _____-5 auf. Sie wies das Grundbuchamt Oberland an, die Zweckentfremdungsverbote nach Erstwohnungsanteilplan auf den Stockwerkeinheiten Gbbl. Nr. K. _____-1, K. _____-3 und K. _____-5 zu löschen.¹²

6. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 20. März 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie stellen folgendes Rechtsbegehren:

"Auf das Baugesuch der Beschwerdegegnerin vom 27.05.2016 betreffend Aufhebung des Zweckentfremdungsverbotes nach Erstwohnungsanteilsplan für die Stockwerkeinheiten Oberhofen GB Nr. K. _____-1, K. _____-3 und K. _____-5 sei nicht einzutreten; unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Sie bringen zusammengefasst vor, das Nichtunterstellen dieser Stockwerkeinheiten unter den Erstwohnungsanteil und die Löschung der Zweckentfremdungsverbote setzte die schriftliche Zustimmung der anderen Stockwerkeigentümer im Baugesuchsformular voraus; diese lägen nicht vor. Zudem lege die Beschwerdegegnerin nicht dar, welches schutzwürdige Interesse sie habe, dass über ihr Baugesuch ohne Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer entschieden werden könne.

7. Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 1. Mai 2017, es sei auf die Beschwerde der Beschwerdeführenden mangels Zuständigkeit nicht einzutreten, eventuell sei diese abzuweisen. Sie sei gestützt auf Art. 7 des Stockwerkeigentümer-reglements ermächtigt, das Baugesuch in eigenem Namen einzureichen. Auch die Gemeinde Oberhofen am Thunersee schliesst in ihrer Stellungnahme vom 6. April 2017 auf Abweisung der Beschwerde.

¹² Siehe Ziff. 4.2 des Dispositivs des angefochtenen Bauentscheids vom 15. Februar 2017 pag. 4 im blauen Ordner 1 der Gemeinde Oberhofen am Thunersee

8. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹³, führte den Schriftenwechsel durch und holte bei der Gemeinde Oberhofen am Thunersee die Vorakten (Bauentscheid vom 15. Februar 2017) ein. Zudem holte es bei der Gemeinde die Baubewilligungsakten zum Bauentscheid vom 12. Januar 2016 und beim Regierungsstatthalteramt Thun die Akten der Baubewilligungsverfahren zur Überbauung "I._____" auf den Parzellen Oberhofen am Thunersee Gbbl. Nr. K.____ und J._____ ein. Auf die vorhandenen Akten und Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Bauentscheide können nach Art. 40 BauG¹⁴ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden.

b) Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Beschwerdeführenden würden mit ihrem Rechtsbegehren in der Baubeschwerde vom 20. März 2017 nur um ein Nichteintreten auf das Baugesuch ersuchen (vgl. vorne Ziff. 6 Sachverhalt); hingegen werde der Bauentscheid selber nicht angefochten. Die sachliche Zuständigkeit der BVE zur Beurteilung dieses Rechtsbegehrens sei zu verneinen, weshalb auf die Baubeschwerde nicht einzutreten sei.

c) Im Baubeschwerdeverfahren werden mit hier nicht interessierenden Ausnahmen nur Bauentscheide, die im ordentlichen oder kleinen Baubewilligungsverfahren ergangen sind, als Anfechtungsobjekte zur Überprüfung gebracht.¹⁵ Damit erweist sich das Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden im ersten Moment als ungenau, wenn sie damit nur ein Nichteintreten auf das Baugesuch verlangen und zum Schicksal des vorinstanzlichen Bauentscheids, d.h. der Baubewilligung der Gemeinde, nichts sagen. Ihr

¹³ 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)

¹⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

¹⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 40-41 N. 1

Rechtsbegehren kann aber nur so verstanden werden, dass damit sinngemäss auch die Aufhebung des Bauentscheids mitgemeint ist. Das bringen die Beschwerdeführenden in der Beschwerdebegründung zum Ausdruck, indem sie den Bauentscheid der Gemeinde selber als Anfechtungsobjekt bezeichnen.¹⁶ Auch setzt das Rechtsbegehren der Beschwerdeführenden, es sei auf das Baugesuch nicht einzutreten, die Aufhebung der vorinstanzlichen Baubewilligung implizit voraus. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist die BVE somit für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

d) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 40 Abs. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Einsprache abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Bauentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf ihre form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2. Anfechtungsobjekt / Streitgegenstand

a) Angefochten ist der Bauentscheid vom 15. Februar 2017 der Gemeinde. Gegenstand des Bauentscheids ist das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Aufhebung oder Löschung der Zweckentfremdungsverbote auf den Stockwerkeinheiten L._____, M._____ und N._____ (Gbbl. Nr. K._____-1, K._____-3 und K._____-5). Diese Zweckentfremdungsverbote sind öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen; sie sind gegenüber der Bauherrschaft, den Grundeigentümern und ihren Rechtsnachfolgern durchsetzbar.¹⁷ Ihre Anmerkung im Grundbuch hat nur Informationscharakter und ist nicht Gültigkeitsvoraussetzung. Die Anmerkung weist lediglich auf den Bestand eines Rechtsverhältnisses hin, das einen Bezug zum betreffenden Grundstück hat.

b) Nach den Akten lastet auf der Liegenschaft Gbbl. K._____ ein Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteil. Im angefochtenen Bauentscheid bewilligte die Gemeinde bei den Wohnungen der Stockwerkeinheiten Gbbl. K._____-1, K._____-3 und K._____-5 die Befreiung vom Zweckentfremdungsverbot. Das wirkt

¹⁶ Vgl. unter Formelles in Ziff. 1 der Baubeschwerde vom 20. März 2017

¹⁷ BVR 1989 S. 254 E. 4b; VGE 2011/388 vom 26. Juli 2012 E. 4.2; Müller Markus / Reto Feller, Erstwohnungsanteil in Tourismusgemeinden, in BVR 2007 S. 498 f.; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 29 N. 8

sich auf die Rechtsstellung der anderen Stockwerkeigentümer aus: Deren Möglichkeit, die Wohnungen selber umzunutzen, wird geschmälert oder ganz verunmöglicht. Umstritten ist die Frage, ob die Gemeinde trotz Unterschriftserfordernis von Art. 10 Abs. 2 BewD¹⁸ ohne unterschriftliche Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer im Baugesuchsformular auf das Baugesuch der Beschwerdegegnerin eintreten durfte.

3. Fehlende Zustimmung der Stockwerkeigentümer

a) Die Grundeigentümer müssen im Baugesuch angegeben werden und das Baugesuch unterzeichnen (Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 BewD). Bei gemeinschaftlichem Eigentum ist die Unterschrift oder eine Zustimmungserklärung aller Beteiligten erforderlich.¹⁹ Nach ständiger Rechtsprechung der BVE und des Verwaltungsgerichts handelt es sich beim Unterzeichnungserfordernis nach Art. 10 Abs. 2 BewD um eine Ordnungsvorschrift.²⁰ Die Bestimmung dient dazu, dass sich die Baubewilligungsbehörden nicht mit Baugesuchen befassen müssen, die aus zivilrechtlichen Gründen nie verwirklicht werden können, weil ihnen der Grundeigentümer oder die Grundeigentümerin nicht zustimmt. Sie bezweckt nicht, umstrittene private Rechte, die dem Bauvorhaben entgegenstehen könnten, im Baubewilligungsverfahren statt im Zivilverfahren zu prüfen. Fehlt die Zustimmung des Grundeigentümers oder der Grundeigentümerin oder fällt sie während des Verfahrens weg, muss die Baubewilligungsbehörde mangels schutzwürdigen Interesses des Gestaltstellers nicht auf das Baugesuch eintreten. Sofern die Bauherrschaft ein eigenes schutzwürdiges Interesse vorweisen kann, ist die Zustimmung bzw. Unterschrift der Grundeigentümerschaft nicht erforderlich.

Aus dem Zweck des Zustimmungserfordernisses nach Art. 10 Abs. 2 BewD, also der Verhinderung unnötiger Verfahren, ergibt sich auch, dass die Baubewilligungsbehörden das schutzwürdige Interesse an der Durchführung des Baubewilligungsverfahrens nur in eindeutigen Fällen zu verneinen haben.²¹ Ein solches eigenes schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung des Baugesuchs fehlt, wenn das Ergebnis des Verfahrens von vornherein

¹⁸ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 34 N. 10

²⁰ BVR 2005 S. 130, 132 E. 3.1

²¹ Siehe ausführliche Zusammenfassung der Rechtsprechung: Monika Hintz, Zivilrechtliche Vorfragen im Baubewilligungsverfahren, in KPG-Bulletin 2/2014, S. 73

ohne Belang ist, weil ein fremdrechtliches Hindernis das Bauvorhaben offensichtlich verhindert oder die Realisierung des Bauvorhabens mangels Zustimmung der Grundeigentümerschaft völlig ungewiss ist.²² Ist dagegen lediglich unklar, ob einem Bauvorhaben ein zivilrechtliches Hindernis entgegensteht, ginge es nach verwaltungsgerichtlicher Praxis nicht an, dem Gesuchsteller allein schon wegen der fehlenden Zustimmung nach Art. 10 Abs. 2 BewD das Rechtsschutzinteresse abzusprechen.²³ Bei der Beurteilung, ob ein schutzwürdiges Interesse im Sinne dieser Praxis vorliegt, sind ausnahmsweise zivilrechtliche Bestimmungen zu berücksichtigen.²⁴ Die Baubewilligungsbehörde sollte das Rechtsschutzinteresse nur in eindeutigen Fällen verneinen, also wenn die Realisierung des Bauvorhabens aufgrund zivilrechtlicher Regelungen bzw. mangels Zustimmung der Grundeigentümerin offensichtlich nicht möglich oder völlig ungewiss ist. Wenn bloss unklar ist, ob einem Bauvorhaben ein zivilrechtliches Hindernis entgegensteht, darf nicht schon wegen der fehlenden Unterschrift der Grundeigentümerschaft das Rechtsschutzinteresse der Bauherrschaft am Baugesuch verneint werden.²⁵

b) Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführenden und die anderen Stockwerkeigentümer ihre unterschriebene Zustimmung zum Bauvorhaben nicht erteilt haben. Nach dem Gesagten hat das Fehlen der Unterschrift jedoch nicht automatisch zur Folge, dass die Baubewilligungsbehörde auf das Baugesuch nicht eintreten muss. Die Mitunterzeichnung ist entbehrlich, wenn die Bauherrschaft ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung des Baugesuchs hat. Bei der Beurteilung, ob ein schutzwürdiges Interesse vorliegt, sind der verwaltungsgerichtlichen Praxis folgend ausnahmsweise die zivilrechtlichen Verhältnisse vorfrageweise zu berücksichtigen.²⁶ Hier ist namentlich unter Beizug des Nutzungs- und Verwaltungsreglements der Stockwerkeigentümergeinschaft der Liegenschaft Oberhofen Gbbl. K. _____²⁷ (nachfolgend STWE-Reglement) und des Kauf- und Werkvertrages vom 22. Oktober

²² Siehe zum Ganzen BVR 2005 S. 130 E. 3.1; VGE 2012/262 vom 8.11.2013 E. 1.2.1; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 34 N. 10, VGE 2014/176 vom 10.2.2015 E. 3.1

²³ BVR 2005 S. 130 E. 3.1

²⁴ BVR 2005 S. 130 E. 3.1 und 3.2

²⁵ Siehe zum Ganzen Hintz, S. 61 ff., S. 71 f m.w.H.

²⁶ Vgl. BVR 2005 S. 130 E. 3.2; VGE 2014/176 vom 10.2.2015 E. 3.1

²⁷ Siehe pag. 59 ff. im blauen Ordner 1 der Gemeinde Oberhofen am Thunersee

2013²⁸ zwischen den Parteien zu prüfen, ob die zivilrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens völlig ungewiss oder lediglich unklar ist.

c) Die Gemeinde erklärte, die Unterschrift der übrigen Stockwerkeigentümer sei nicht nötig, da nach Art. 7 des STWE-Reglements nur die Beschwerdegegnerin einen Antrag zur Löschung der Anmerkung "Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteil" stellen dürfe. Die zivilrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens sei damit auf den ersten Blick gegeben, weshalb auf das Baugesuch einzutreten sei. Auf die gleiche Bestimmung des STWE-Reglements beruft sich auch die Beschwerdegegnerin. Danach sei sie alleine ermächtigt, das Baugesuch zur Löschung des "Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteil" zu stellen. Das bestreiten die Beschwerdeführenden: Sie sind der Meinung, die Ermächtigung der Beschwerdegegnerin nach Art. 7 des STWE-Reglements könne jederzeit widerrufen werden. Dies sei längst geschehen. Die Beschwerdeführenden legen das STWE-Reglement zudem dahingehend aus, dass ein Entscheid darüber, welche Stockwerkeinheit vom Zweckentfremdungsverbot befreit werden könne, der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer bedürfe. Da diese Zustimmung fehle, dürfe auf das Baugesuch nicht eintreten werden. Schliesslich bemängeln sie, die Beschwerdegegnerin habe nicht dargelegt, welches schutzwürdige Interesse sie besitze, dass über ihr Baugesuch ohne Zustimmung der übrigen Stockwerkeigentümer entschieden werden könne.

d) Vorliegend räumt die Regelung in Art. 7 Ziff. 1 des STWE-Reglements der Beschwerdegegnerin ausdrücklich die Kompetenz ein, die Löschung der Anmerkung "Zweckentfremdungsverbot gemäss Erstwohnungsanteilplan" auf den einzelnen Stockwerkeinheiten zu betragen. Die Beschwerdeführenden sowie die anderen Stockwerkeigentümer haben diese Regelung mit dem Erwerb ihrer Stockwerkeinheiten akzeptiert (vgl. VII/Ziff. 10 des Kauf- und Werkvertrags vom 22. Oktober 2013). Ihnen war zudem gestützt auf den Kauf- und Werkvertrags bewusst, dass sie ihre Wohnung nur als Erstwohnung nutzen dürfen (vgl. Ziff. IV des Kauf- und Werkvertrags vom 22. Oktober 2013). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz steht die zivilrechtliche Ausgangslage dem Bauvorhaben somit nicht offensichtlich entgegen bzw. lässt dessen Zulässigkeit nicht als völlig ungewiss erscheinen. Daran vermögen die Einwände der Beschwerdeführenden nichts zu verändern. Daraus ergibt sich vielmehr, dass die fremdrechtlichen Verhältnisse lediglich unklar sind. Unter diesen Umständen ist das rechtlich geschützte Interesse der

²⁸ Siehe Beilage 5 zur Beschwerdeantwort vom 1. Mai 2017

Beschwerdegegnerin an der Behandlung ihres Baugesuchs auch ohne unterschriftliche Zustimmung der Beschwerdeführenden und der übrigen Stockwerkeigentümer zu bejahen. Dass die Gemeinde die zivilrechtliche Zulässigkeit auf den ersten Blick als gegeben erachtete und auf das Baugesuch eintrat, ist somit nicht zu beanstanden. Ob die Befreiung der Wohnungen der Stockwerkeinheiten Gbbl. Nr. K._____-1, K._____-3 und K._____-5 vom Zweckentfremdungsverbot gestützt auf Art. 7 Ziff. 1 des STWE-Reglements vorbehaltlos zulässig ist, muss und darf mit Blick auf Art. 10 Abs. 2 BewD nicht weitergehend beurteilt werden, da Art. 10 Abs. 2 BewD nicht dazu dient, umstrittene private Rechte im Baubewilligungsverfahren abschliessend zu überprüfen.

e) Selbst wenn die Vorinstanz gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BewD zu Unrecht auf das Baugesuch eingetreten wäre, würde dies im Beschwerdeverfahren nicht zwingend zur Aufhebung des Baubewilligungsverfahrens führen. Zum einen greift der Schutzzweck von Art. 10 Abs. 2 BewD – das Vermeiden von Verwaltungsaufwand im Bewilligungsverfahren – im oberinstanzlichen Verfahren nicht mehr in jedem Fall, weil die Vorinstanz den Verwaltungsaufwand in der Regel bereits tätigte und damit ein erheblicher Teil des Verwaltungsaufwands bereits entstanden ist. Zum andern dürfte es ohnehin mit dem Beschleunigungsgebot (Art. 29 BV²⁹) unvereinbar sein, wenn die BVE alleine wegen der Verletzung einer Ordnungsvorschrift den angefochtenen Entscheid bzw. das ganze Baubewilligungsverfahren aufheben und auf das Baugesuch nicht eintreten würde.³⁰

f) Soweit die Beschwerdeführenden zivilrechtliche Einwände vorbringen, ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Verfahren einerseits keine abschliessende Beurteilung der zivilrechtlichen Verhältnisse erfolgt und andererseits in einem allfällig späteren Zivilprozess das Zivilgericht nicht an die Beurteilung durch die Baubewilligungsbehörde gebunden ist. Die Feststellung der Baubewilligungsbehörde über zivilrechtliche Vorfragen sind nur ein Element der Entscheidungsfindung und der Begründung und sind von der Rechtskraft des Bauentscheids nicht umfasst. Ein allfälliger Zivilprozess wird also nicht präjudiziert.³¹ Ein privatrechtlich Berechtigter oder Belasteter hat somit nach einem Bauentscheid nach wie vor die Möglichkeit, seine Rechte auf dem Zivilweg durchzusetzen

²⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

³⁰ Vgl. auch BDE vom 12. Juni 2015, RA-Nr. 110/2015/56

³¹ Vgl. zum Ganzen Hintz, a.a.O., S. 62, m.w.H.

bzw. eine seinen Rechten widersprechende öffentlich-rechtliche Anordnung mittels einer zivilrechtlichen Anordnung zu verhindern.³²

g) Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend, der angefochtene Bauentscheid verletze die Erstwohnungsanteilvorschriften der Gemeinde oder verstosse gegen andere bau-, planungs- oder umweltrechtliche Vorschriften. Solches ist hier auch nicht ersichtlich. Die Gemeinde hat die Baubewilligung somit zu Recht erteilt; die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'600.00. Gemäss Art. 108 Abs. 1 VRPG³³ werden sie 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.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdeführenden. Der Umstand, dass die BVE entgegen dem Hauptantrag der Beschwerdegegnerin auf die Beschwerde eintrat, hat keinen Einfluss auf die Kostenverlegung. Die Beschwerdeführenden haben ein ungenaues Rechtsbegehren gestellt (vgl. Erwägung 1c). Dieser Mangel war der Grund, weshalb die Beschwerdegegnerin als Hauptbegehren ein Nichteintreten auf die Beschwerde beantragte. Das kann der Beschwerdegegnerin nicht angelastet werden. Vielmehr tragen die Beschwerdeführenden dafür die Verantwortung. Den Beschwerdeführenden werden folglich die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.00 zur Bezahlung auferlegt.

c) Die Beschwerdeführenden haben zudem der Beschwerdegegnerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Das vom Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Honorar von Fr. 6'100.00 zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer ist überhöht. Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung

³² Vgl. zum Ganzen Hintz, a.a.O., S. 62, m.w.H.

³³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV³⁴ 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 KAG³⁵). Die Bedeutung der Sache und die Schwierigkeit des Prozesses sind als durchschnittlich zu werten. Als unterdurchschnittlich zu bewerten ist hier der gebotene Zeitaufwand des Prozesses. Es steht hier keine komplexe Streitsache zur Diskussion. Thema des Prozesses ist allein die Frage, ob die Gemeinde auf das Baugesuch der Beschwerdegegnerin eintreten durfte. Es fand zudem nur ein Schriftenwechsel statt und ein Beweisverfahren wurde nicht durchgeführt. Unter diesen Umständen wird der Parteikostenersatz des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin auf Fr. 4'500.00 (inkl. Auslagen) festgesetzt. Was die Mehrwertsteuer anbelangt, ist zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin mehrwertsteuerpflichtig ist.³⁶ In diesem Fall ist die Mehrwertsteuer nach der Praxis des Verwaltungsgerichts und der BVE bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen.³⁷ Die Beschwerdeführenden haben somit der Beschwerdegegnerin die Parteikosten von Fr. 4'500.00 (inkl. Auslagen und exkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Bauentscheid der Gemeinde Oberhofen am Thunersee vom 15. Februar 2017 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.00 werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung auferlegt. Sie haften solidarisch für den gesamten Betrag. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

³⁴ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung; PKV; BSG 168.811)

³⁵ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

³⁶ Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>

³⁷ BVR 2014 S. 484 E. 6

3. Die Beschwerdeführenden haben der Beschwerdegegnerin die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'500.00 (inkl. Auslagen, exkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen. Die Beschwerdeführenden haften solidarisch für den gesamten Betrag.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher F._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt H._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Oberhofen am Thunersee, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Grundbuchamt Oberland, Allmendstrasse 18, 3600 Thun, zur Kenntnis, A-Post
- Regierungsstatthalteramt Thun, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin