

100.2020.182U  
STE/SRE

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 1. März 2022**

Verwaltungsrichter Häberli, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Verwaltungsrichterin Steinmann  
Gerichtsschreiber Grossrieder

1. **A.** \_\_\_\_\_ **und B.** \_\_\_\_\_  
2. **C.** \_\_\_\_\_ **gmbh**  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführende

gegen

**D.** \_\_\_\_\_ **und E.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerschaft 1

### **Einwohnergemeinde Hilterfingen**

Baubewilligungsbehörde, Staatsstrasse 18, Postfach 54, 3652 Hilterfingen

Beschwerdegegnerin 2

und

### **Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern**

Rechtsamt, Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend Baubewilligung; Neubau eines Einfamilienhauses mit  
Garagenanbau (Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons  
Bern vom 21. April 2020; BVD 110/2019/93)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ planen auf ihrer Parzelle Hilterfingen Gbbl. Nr. 1\_\_\_\_\_ den Neubau eines Einfamilienhauses mit Garagenanbau und Schwimmbecken. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich der unterdessen aufgehobenen Überbauungsordnung (ÜO) Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» vom 28. Mai 1975. Am 13. April 2018 reichten sie für ihr Vorhaben ein Baugesuch bei der Einwohnergemeinde (EG) Hilterfingen ein. Dagegen erhoben unter anderen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sowie die C.\_\_\_\_\_ gmbh gemeinsam Einsprache. Mit Bauentscheid vom 8. Mai 2019 verweigerte die EG Hilterfingen die nachgesuchte Ausnahmegewilligung für die in Stahlbeton geplanten Stützmauern; im Übrigen bewilligte sie das Vorhaben und wies die Einsprachen ab.

### **B.**

Diese Verfügung fochten A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sowie die C.\_\_\_\_\_ gmbh am 11. Juni 2019 bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE; heute: Bau- und Verkehrsdirektion [BVD]) an. Am 23. Oktober 2019 reichten D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ eine Projektänderung ein (Verzicht auf Abgrabung an der Nordostfassade, Reduktion der Fensterfläche des Anbaus). Mit Entscheid vom 21. April 2020 bewilligte die BVD die Projektänderung; im Übrigen wies sie die Beschwerde ab und bestätigte den Bauentscheid der EG Hilterfingen.

### **C.**

Gegen den Entscheid der BVD haben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sowie die C.\_\_\_\_\_ gmbh am 20. Mai 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, dem

Vorhaben sei der Bauabschlag zu erteilen und die Kosten des Verfahrens vor der Vorinstanz seien D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ aufzuerlegen; eventuell sei die Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit Beschwerdeantwort vom 24. Juni 2020 beantragen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die BVD schliesst mit Vernehmlassung vom 4. Juni 2020 auf Abweisung der Beschwerde. Die EG Hilterfingen hat sich mit Stellungnahme vom 8. Juni 2020 zur geltend gemachten Gehörsverletzung geäussert und im Übrigen auf ihre Haltung im Baubewilligungsverfahren verwiesen, an der sie festhalte. Am 5. Juli 2021 hat die EG Hilterfingen die Instruktionsrichterin davon in Kenntnis gesetzt, dass die Stimmberechtigten die ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» am 13. Juni 2021 aufgehoben haben. D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ haben dazu am 3., A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ und die C.\_\_\_\_\_ gmbh am 17. August 2021 Stellung genommen. Die BVD hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Am 15. Oktober 2021 hat die EG Hilterfingen schliesslich mitgeteilt, dass die Genehmigungsverfügung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) vom 10. September 2021 unangefochten geblieben und die Aufhebung der ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» damit rechtskräftig geworden ist.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG, vgl. auch Art. 40 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 des Bau-

gesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**1.2** Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

## **2.**

**2.1** Umstritten ist unter anderem, ob das Bauvorhaben mit Art. 5 der Sonderbauvorschriften (SBV) zur ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» vereinbar ist. Dieser regelt eine Höhenbeschränkung (sog. Falllinie) für den im Überbauungsplan bezeichneten Sektor (Bauzone E2 mit Höhenbeschränkung), in dem auch die Bauparzelle liegt. Nachdem die ÜO während des Verfahrens vor Verwaltungsgericht rechtskräftig aufgehoben worden ist (vorne Bst. C; act. 9 und 17, je mit Beilagen), stellt sich vorab die Frage nach dem anwendbaren Recht.

**2.2** Soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt, sind Bauvorhaben grundsätzlich nach dem zur Zeit der Einreichung des Baugesuchs geltenden Recht zu beurteilen (Art. 36 Abs. 1 BauG). Wird eine Überbauungsordnung erst nach Einreichen des Baugesuchs aufgehoben, gilt sie für dessen Beurteilung dennoch (VGE 21851 vom 19. Oktober 2004 E. 3.3; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 5. Aufl. 2020, Art. 36 N. 2). Vorbehalten bleibt namentlich, dass neues Recht für die Gestellenden im konkreten Fall günstiger ist (sog. «lex mitior»; BVR 2006 S. 444 E. 4.1, 1997 S. 355 E. 1a; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 36 N. 2a mit Hinweisen). Auf dasselbe Bauprojekt darf aber nicht teils altes, teils neues Recht angewendet werden (BVR 1997 S. 23 E. 2). Der Grundsatz von Art. 36 Abs. 1 BauG wird weiter durchbrochen, wenn das Bauvorhaben Nutzungsplänen widerspricht, die bei der Gesuchseinreichung öffentlich aufgelegt haben. Diesfalls ist das Baubewilligungsverfahren einzustellen und es ist nach den Bestimmungen über die Planungszonen vorzugehen (sog. Vorwirkung; Art. 36 Abs. 2 BauG; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 36 N. 3).

**2.3** Die Aufhebung der ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» lag bei Gesuchseinreichung am 13. April 2018 noch nicht öffentlich auf und eine Planungszone zwecks Überprüfung der ÜO hat der Gemeinderat erst Anfang 2019 erlassen (Akten Gemeinde, act. 3C, Register 6; vgl. auch Erläuterungsbericht vom März 2020 zur Aufhebung der ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» [nachfolgend: Erläuterungsbericht] S. 5, einsehbar unter <[www.hilterfingen.ch](http://www.hilterfingen.ch)>, Rubriken «News/Projekte/Aufhebung UeO Nr. 2»). Das neue Recht konnte folglich keine Vorwirkung entfalten. Unterdessen ist die ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» aber rechtskräftig aufgehoben; die entsprechenden Sonderbauvorschriften sind ausser Kraft getreten und damit auch Art. 5 SBV, dem das Vorhaben nach Auffassung der Beschwerdeführenden widerspricht. Die Parzellen im Wirkungskreis der aufgehobenen ÜO Nr. 2 sind neu der Wohnzone E2 zugewiesen (vgl. Änderung Zonenplan, einsehbar unter <[www.hilterfingen.ch](http://www.hilterfingen.ch)>, Rubriken «News/Projekte/Aufhebung UeO Nr. 2»). Die Beschwerdegegnerschaft 1 beruft sich allerdings nicht auf das neue, in diesem Punkt für sie mildere Recht, sondern verlangt – in Kenntnis der Sachlage und im Einklang mit den Beschwerdeführenden – ausdrücklich eine Beurteilung gestützt auf die ehemalige ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» (act. 13 S. 1 f.; act. 15 S. 1 f.). Sie geht offenbar davon aus, dass mit der Aufhebung der ÜO für das Bauvorhaben nicht (durchwegs) milderes Recht gilt. Tatsächlich ist dies etwa für die vor Verwaltungsgericht nicht mehr umstrittene Höhe des geplanten Hauptgebäudes fraglich: Nach Art. 212 Abs. 1 des Baureglements der EG Hilterfingen vom 4. September 2013 (GBR; genehmigt am 9.10.2014) beträgt die maximale Fassadenhöhe traufseitig (Fh tr) in der Wohnzone E2 5,5 m, der dreiseitige Hangzuschlag 1 m (Art. 212 Abs. 3 GBR). Unter Geltung der ÜO betrug die erlaubte Gebäudehöhe – unter Vorbehalt der Höhenbeschränkung nach Art. 5 SBV – 6 m (Art. 4 SBV), der talseitige Hangzuschlag 1,3 m (Art. 2 SBV i.V.m. Art. 41 des alten Baureglements aus dem Jahr 1967; vgl. angefochtener Entscheid E. 6e). Gemäss Erläuterungsbericht bleibt das zulässige Höhenmass unter Berücksichtigung der leicht anderen Messweise von Gebäudehöhe und Fh tr ungefähr gleich (S. 10). Der Hangzuschlag ist talseitig allerdings kleiner. Zudem dürfen Sattel- und Walmdächer gemäss Art. 414 Abs. 2 Bst. a GBR die Fh tr um höchstens 3,3 m überragen, so dass die maximale Gesamthöhe 8,8 m bzw. 9,8 m (inkl. Hangzuschlag) beträgt (Erläuterungsbericht S. 11). Ob das Bauvorhaben diesen und den übrigen

Vorgaben des GBR entsprechen würde, kann mit Blick darauf, dass die Beschwerdegegnerin 1 ausdrücklich eine Beurteilung nach altem Recht verlangt, offenbleiben, zumal es nicht Sache des Verwaltungsgerichts ist, eine solche Prüfung als erste Instanz vorzunehmen. Massgebend für die Beurteilung im vorliegenden Fall ist somit (weiterhin) die im Gesuchszeitpunkt noch in Kraft stehende ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg».

### 3.

#### 3.1 Art. 5 SBV sah Folgendes vor (act. 8A):

##### Höhenbeschränkung

In dem im Plan durch eine Schraffur bezeichneten Sektor dürfen Bauteile und Bepflanzungen die durch nachstehend definierte Ebene begrenzte Höhe nicht überschreiten:

- horizontale Gerade BB Kote 635.00 m.ü.M.
- Falllinie AC Gefälle 15 %

Es ist unbestritten, dass die Bauparzelle im bezeichneten Sektor liegt und die Höhenbeschränkung zu beachten ist (vgl. Überbauungsplan). Ebenfalls unbestritten ist, dass der Kamin die Falllinie überragt (Plan « Fassaden, Schnitte 1:100 » vom 8.10.2019, Beilage zur Eingabe vom 22.10.2019, in Akten BVD, act. 3A, pag. 96).

**3.2** Nach Ansicht der Gemeinde handelt es sich beim Kamin nicht um einen Bauteil im Sinn von Art. 5 SBV, sondern um eine technisch bedingte Dachaufbaute mit einem funktionalen Bezug zum Gebäude. Der Kamin müsse den Dachfirst nach Luftreinhalteverordnung um 0,5 m überragen und werde der Fassaden- bzw. Gebäudehöhe nicht angerechnet. Der Kamin sei damit «kein Gebäudeteil». Sinn und Zweck der Höhenbeschränkung sei, die freie Aussicht vom Aussichtspunkt an der ...strasse auf den Thunersee und das Alpenpanorama zu gewährleisten. Die Umgebung des Aussichtspunkts sei in Richtung See auf einer Distanz von 200 m bebaut; diverse bestehende Bäume seien heute zu hoch. Dies werde von der Gemeinde sowie den Anwohnerinnen und Anwohnern toleriert. Die Höhenbeschränkung werde durch die Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer nicht mehr berücksichtigt bzw. durch die Gemeinde «nicht mehr rigoros kontrolliert und durchgesetzt».

Sie habe heute keine Berechtigung mehr und solle zusammen mit der ÜO aufgehoben werden (zum Ganzen Stellungnahme vom 27.8.2019, in Akten BVD, act. 3A, pag. 66 f.; Baubewilligung vom 8.5.2019 S. 7, in Akten Gemeinde, act. 3C, Reg. 7). – Die BVD folgte dieser Einschätzung nur teilweise. Wie das AGR (vgl. Bericht vom 9.8.2019, Akten BVD pag. 64 ff.) kam sie zum Schluss, dass der Kamin ein «Bauteil» sei und vom Wortlaut von Art. 5 SBV erfasst werde. Die Gemeinde habe aber dargelegt und dokumentiert, dass sie die Norm auf technisch bedingte Dachaufbauten nicht anwende. Unter Berücksichtigung der Gemeindeautonomie sei diese Praxis rechtlich haltbar: Es würden nur technisch bedingte Dachaufbauten zugelassen, so dass der Kreis zulässiger Aufbauten «klar und eng begrenzt» sei; die Höhenbeschränkungsvorgabe werde dadurch nicht ausgehöhlt. Die Gemeinde könne eine konstante Praxis ausweisen, nach welcher sie Kamine bewillige und Bäume dulde, welche die Falllinie überragen (angefochtener Entscheid E. 7e).

**3.3** Die Beschwerdeführenden machen geltend, das AGR habe verbindlich festgestellt, dass der Kamin ein Bauteil im Sinn der baurechtlichen Bestimmungen darstelle. Als solcher dürfe er die Falllinie nicht überragen. Die kommunale Bewilligungspraxis sei rechtswidrig. Anders als die Gebäudehöhe, die durch technisch bedingte Dachaufbauten überschritten werden könne, stelle die Falllinie eine absolute Grenze für die Bauhöhe dar. Die Bauherrschaft habe keine Ausnahmegewilligung für das Überschreiten der Falllinie beantragt. Die Gemeinde habe ihrerseits keine Interessenabwägung vorgenommen und damit eine unbegründete «implizite» Ausnahmegewilligung erteilt (Beschwerde S. 5, 11 f.). – Die Beschwerdegegnerschaft 1 hält dafür, es sei «im Prinzip korrekt», dass es sich bei der Höhenbeschränkung um eine absolute Beschränkung handle und die Bestimmungen über die nicht an die Gebäudehöhe anzurechnenden technischen Dachaufbauten nicht zum Tragen kommen. Dies sei allerdings ohne Belang, denn die SBV stellen kommunales Recht dar, bei dessen Anwendung der Gemeinde Autonomie zukomme. Die Gemeinde habe dargelegt, dass sie Kamine praxisgemäss nicht als Bauteile im Sinn von Art. 5 SBV betrachte. Dies sei rechtlich haltbar: Das geringfügige Überschreiten der Höhenbeschränkung durch Kamine sei nicht geeignet, die Aussicht auf den Thunersee und die Alpen zu beeinträchtigen. Hier stehe ein schmaler Kamin zur Diskussion, der bei einer

Entfernung von rund 70 m zum Aussichtspunkt die Falllinie um rund 40 cm überrage. Ein Ausnahmegesuch sei bei dieser Ausgangslage nicht erforderlich gewesen (Beschwerdeantwort act. 5 S. 6).

**3.4** Der Sinngehalt einer Norm ist durch Auslegung zu ermitteln. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (grammatikalisches Auslegungselement). Von ihm kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Ist der Normtext nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Zu berücksichtigen sind der Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen (systematisches Auslegungselement), die Entstehungsgeschichte (historisches Auslegungselement) sowie Sinn und Zweck der Norm (teleologisches Auslegungselement), soweit Letzteren bei der Auslegung überhaupt eigenständige Bedeutung zukommt. Gleich wie das Bundesgericht lässt sich das Verwaltungsgericht von einem pragmatischen Methodenpluralismus leiten, der keinem Auslegungselement einen grundsätzlichen Vorrang einräumt. Es muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination zu der Lösung führt, die im normativen Gefüge und mit Blick auf die Wertentscheidungen des Gesetzgebers am meisten überzeugt (statt vieler BVR 2019 S. 51 E. 6.2, S. 15 E. 3.1, 2018 S. 341 E. 3.5.2, 2016 S. 167 E. 3.1).

**3.5** Die Gemeinden sind im Bereich ihrer Bau- und Zonenordnung im Rahmen der gesetzlichen Regelungen und der übergeordneten Planung autonom (vgl. Art. 109 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1] und Art. 65 Abs. 1 BauG). Diese Autonomie beschränkt sich nicht auf den Bereich der Rechtsetzung; insbesondere wo eine Gemeinde zum Erlass von Rechtsnormen berechtigt ist, kommt ihr grundsätzlich auch bei deren Anwendung ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Es ist deshalb vorab Sache der Gemeinde zu bestimmen, wie sie eine eigene Vorschrift verstanden haben will. Wird die Anwendung einer von ihr erlassenen Bestimmung Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens, haben die Rechtsmittelinstanzen zu prüfen, ob die von der Gemeinde geltend gemachte Auslegung rechtlich haltbar ist. Sie auferlegen sich mit anderen Worten eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Auffassung der Gemeinde, indem sie sich der Prüfung ent-

halten, ob eine andere Bedeutung der umstrittenen Bestimmung ebenfalls möglich und rechtlich vertretbar wäre. Sie sind nicht befugt, die kommunale Auslegung der Norm durch ihr eigenes Verständnis zu ersetzen, wenn die Rechtsauffassung der Gemeinde betreffend den Inhalt, den Sinn und die Tragweite der interessierenden Vorschrift rechtlich vertretbar erscheint. Beurteilungsspielraum geniessen die Gemeinden allerdings nur bei der Wahl zwischen mehreren rechtlich haltbaren Auslegungen einer Norm. Dabei ist auch von Belang, wie die Gemeinde die zur Diskussion stehende Vorschrift bisher in der Praxis verstanden und gehandhabt hat (BVR 2019 S. 51 E. 6.2, S. 15 E. 3.2, 2016 S. 79 E. 4.6).

**3.6** Der Wortlaut von Art. 5 SBV ist klar: Bauteile und Bepflanzungen dürfen die durch die Falllinie begrenzte Höhe nicht überschreiten. Die Begriffe «Bauteil» und «Bepflanzung» bezeichnen generell alles Gebaute oder Gewachsene. Die Norm beschränkt sich nicht darauf, die *Gebäudehöhe* zusätzlich einzuschränken, sondern bezieht sich auf alle Bauteile. Insoweit enthält sie auch keinerlei Differenzierung, etwa eine Einschränkung auf Bauteile, die Bestandteil eines Gebäudes sind, bestimmte Masse überschreiten oder eine gewisse Funktion haben. Das AGR hat mit Stellungnahme vom 9. August 2019 festgehalten, dass es sich beim umstrittenen Kamin zweifelsfrei um einen Bauteil handle, denn ohne Kamin würde der Ofen im Obergeschoss nicht funktionieren (Akten BVD pag. 64). Abgesehen davon, dass die Funktion eines Bauteils gemäss dem Wortlaut der Norm keine Bedeutung hat, ist die Vorinstanz dieser Beurteilung zu Recht gefolgt; auch die Beschwerdegegnerschaft 1 hält ihr nichts entgegen. Art. 5 SBV legt für ein klar definiertes Gebiet zusätzlich zur maximalen Gebäudehöhe eine absolut bestimmte Höhenbeschränkung fest, die weder Bauteile noch Bepflanzungen überschreiten dürfen. Ausgewiesenes Ziel ist es, die freie Aussicht vom Aussichtspunkt an der ...strasse zu gewährleisten; dafür soll der Raum oberhalb des durch eine Falllinie definierten Bereichs (vollständig) freigehalten werden. Die Falllinie entfaltet vorab ihre Wirkung, indem sie die Höhe von Bauten, welche die maximale Gebäudehöhe einhalten, zusätzlich begrenzt. Zum andern beschränkt sie aber auch und gerade die Höhe von Bauteilen wie technisch bedingten Dachaufbauten, zu denen namentlich Kamine zählen. Denn diese dürfen – wie die Gemeinde zutreffend ausführt – die maximale Gebäudehöhe überragen, während für die übrigen Dachaufbauten bereits die maximale Ge-

bäudehöhe die oberste Grenze bildet. Die zusätzliche Höhenbeschränkung für Bauteile – und nicht nur für Gebäude – wäre mithin weitestgehend ihres Sinns entleert, wenn ausgerechnet die technisch bedingten Dachaufbauten nicht darunterfielen. Eine Auslegung der Norm im Widerspruch zu ihrem klaren Wortlaut lässt sich folglich nicht rechtfertigen. Die Auffassung der Gemeinde ist – entgegen der Vorinstanz – rechtlich nicht haltbar und eine dahingehende Praxis folglich unbeachtlich. Das Gleiche gilt, soweit die Gemeinde Art. 5 SBV in Bezug auf Bepflanzungen nicht durchsetzt. Im Übrigen hat sie lediglich eine einzige Baubewilligung für ihre angeblich konstante abweichende Bewilligungspraxis genannt (vgl. Gesamtbewilligung vom 31.10.1996 für zwei Doppel-Einfamilienhäuser auf den Parzellen Nrn. ... und ... [heute: Nrn. ..., ..., ... und ...], Akten BVD pag. 70 ff.) und wird deren Rechtswidrigkeit hier erstmals (gerichtlich) festgestellt. Es besteht folglich auch kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (BGE 139 II 49 E. 7.1 [Pra 102/2013 Nr. 33], 136 I 65 E. 5.6; BVR 2019 S. 15 [VGE 2018/23 vom 13.9.2018] nicht publ. E. 5.2, 2013 S. 85 E. 8.1; zum Ganzen Pierre Tschannen, Gleichheit im Unrecht: Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid, in ZBI 2011 S. 57 ff.).

**3.7** Der über die Falllinie hinausragende Kamin widerspricht Art. 5 SBV. Eine Ausnahmegewilligung wurde nicht beantragt und wäre auch nicht erhältlich gewesen. Die Gemeinde hat für ein klar begrenztes Gebiet eine spezifische Regelung getroffen, damit die freie Sicht vom Aussichtspunkt erhalten bleibt. Ausnahmen von Sonderbauvorschriften sind zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, aber nur mit besonderer Zurückhaltung zu gewähren (Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 26-27 N. 4 Bst. c). Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, inwiefern hier eine ungewollte Auswirkung der Norm im Einzelfall verhindert werden sollte. Vielmehr verbietet Art. 5 SBV sämtliche Bauteile über der Falllinie und namentlich technisch bedingte Dachaufbauten wie den umstrittenen Kamin (E. 3.6 hiavor). Eine Korrektur der Norm auf dem Ausnahmeweg ist ausgeschlossen (BGE 117 Ib 125 E. 6d; BVR 2005 S. 156 E. 4.2 und 4.7); sie hat im gesetzlichen Verfahren für die Änderung von Vorschriften und Plänen zu erfolgen, was mittlerweile auch geschehen ist (Art. 58 ff. BauG; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 26-31 N. 1a; zum Ganzen VGE 2019/273/275 vom 12.1.2021 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

#### 4.

**4.1** Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 5 SBV als begründet; dem Vorhaben ist die Baubewilligung schon aus diesem Grund zu verweigern.

**4.2** Sollte die Bauherrschaft die Prüfung ihres Projekts nunmehr unter neuem Recht wollen, ist es ihr unbenommen, das Baugesuch bei der Gemeinde erneut einzureichen (keine *res iudicata* zufolge Rechtsänderung). Ein wiedereingereichtes oder angepasstes Projekt wird sich (ausschliesslich) nach dem geltenden GBR zu richten haben; die aufgehobene ÜO Nr. 2 «Schlüsselacher-Haberzälg» ist nicht mehr massgebend. Es ist davon auszugehen, dass die Bauherrschaft ihr Projekt als Ganzes überarbeiten wird, weil namentlich die Grenzabstände, die Bauhöhe und die Ausnützung im GBR anders geregelt sind als in der ÜO. Obwohl die anderen vor Verwaltungsgericht noch umstrittenen Punkte des vorliegenden Projekts (Ortsbildschutz, Gebäudelänge Anbau) ausschliesslich gestützt auf das GBR zu beurteilen wären, rechtfertigt es sich nicht, dazu bereits abschliessend Stellung zu nehmen. Die Fragen werden sich für ein überarbeitetes Projekt möglicherweise nicht mehr oder anders stellen.

#### 5.

**5.1** Die Beschwerdeführenden beanstanden schliesslich die Kostenverlegung vor der Vorinstanz. Sie machen geltend, es sei unangemessen, die festgestellte Gehörsverletzung bloss im Umfang von einem Sechstel der Verfahrenskosten zu berücksichtigen; ihnen hätte schon aus diesem Grund bloss die Hälfte der Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen. Weiter habe die Beschwerdegegnerschaft vor der Vorinstanz nicht eine, sondern zwei Projektänderungen vorgenommen. Den Beschwerdeführenden hätte folglich höchstens ein Viertel der Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen. Analoges gelte für den Parteikostenersatz. – Bei diesem Antrag handelt es sich bei richtiger Betrachtung um einen Eventualantrag, der nur zu behandeln ist, wenn die Beschwerdeführenden in der Hauptsache nicht durchdringen.

Nach dem Gesagten ist ihre Beschwerde indes insoweit gutzuheissen, als der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Baubewilligung zu verweigern ist. Im Verfahren vor der BVD gelten die Beschwerdeführenden damit als vollständig obsiegend. Sie müssen keine Verfahrenskosten tragen und haben Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG; E. 6 hinten). Eine Überprüfung der beanstandeten Kostenverlegung erübrigt sich. Das gilt allerdings nicht, soweit die Beschwerdeführenden geltend machen, die Kürzung des Honorars ihres Rechtsvertreters sei unangemessen; die BVD habe es «ohne nähere Begründung einfach schemenhaft gekürzt» (Beschwerde S. 14 f.).

**5.2** Die Vorinstanz hat die massgebenden Vorschriften zur Bemessung des Parteikostenersatzes korrekt wiedergegeben (vgl. auch E. 6 hinten). Den gebotenen Zeitaufwand wertete sie als überdurchschnittlich, da nebst dem Schriftenwechsel ein Beweisverfahren und ein Augenschein durchgeführt und eine Projektänderung eingereicht worden waren. Die Bedeutung der Streitsache schätzte sie als durchschnittlich ein und die Schwierigkeit des Prozesses als durchschnittlich bis überdurchschnittlich. Insgesamt erachtete sie ein Honorar von Fr. 7'200.-- als angemessen. – Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden, zumal der Vorinstanz in dieser Frage ein gewisser Spielraum zukommt. Zwar trifft zu, dass «Sonderbauborschriften, intertemporales Recht sowie Ortsbildschutzvorschriften» zu würdigen waren. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden standen deshalb aber weder überdurchschnittlich schwierige Sachverhalts- noch Rechtsfragen zur Diskussion. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz den «Beizug von Bauexperten» als gebotenen Parteiaufwand hätte anerkennen müssen. Die Kürzung des Honorars erweist sich folglich als rechtens; die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet und abzuweisen.

## **6.**

**6.1** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist. In der Sache obsiegen die Beschwerdeführenden: Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Baubewilligung zu verweigern. Abzuweisen ist die Beschwerde, soweit die Beschwerdeführenden ungekürzten Parteikostenersatz für das vorinstanzliche Verfahren verlangen. Es handelt sich dabei um einen deutlich untergeordneten Aspekt, weshalb es sich rechtfertigt, dieses punktuelle Unterliegen bei der Kostenverlegung unberücksichtigt zu lassen.

**6.2** Kostenmässig ist somit von einem vollständigen Unterliegen der Beschwerdegegnerschaft 1 und der Gemeinde auszugehen; Letztere hat sinngemäss Antrag auf Abweisung der Beschwerde gestellt und sich damit als Partei am Verfahren beteiligt. Ihr können indes keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 108 Abs. 2 VRPG), weshalb die Beschwerdegegnerschaft 1 diese zu tragen hat (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Hingegen haben die Beschwerdegegnerschaft 1 und die Gemeinde den Beschwerdeführenden die Parteikosten je hälftig zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

**6.3** Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden macht mit Kostennote vom 25. Januar 2022 für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 7'800.--, zuzüglich Auslagen von Fr. 60.-- und MWSt von Fr. 605.20 geltend, ohne seinen Aufwand im Einzelnen auszuweisen (act. 21). Mit Blick auf den anwendbaren Rahmentarif von Fr. 400.-- bis Fr. 11'800.-- pro Instanz und die massgeblichen Bemessungskriterien, d.h. den in der Sache gebotenen Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses, erscheint diese Forderung als überhöht (vgl. Art. 41 Abs. 1 und 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes [Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811]). Namentlich war entgegen den Angaben in der Kostennote höchstens ein durchschnittlicher Zeitaufwand geboten. Der Rechtsvertreter war bereits aus dem vorinstanzlichen Verfahren mit der Sache vertraut. Er hat nebst der Beschwerdeschrift bloss eine kurze Stellungnahme zu eingeholten Unterlagen verfasst. Es galt weder umfangreiche

Akten zu sichten noch komplexe Rechtsfragen zu erörtern, so dass auch die Schwierigkeit des Prozesses höchstens als durchschnittlich zu bezeichnen ist. Das Gleiche gilt für die Bedeutung der Streitsache. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände erscheint für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht deshalb ein Parteikostenersatz von Fr. 5'000.-- (inkl. Auslagen und MWSt) als angemessen.

**6.4** Die vorinstanzlichen Kosten sind nach denselben Grundsätzen neu zu verlegen. Die Beschwerdegegnerschaft 1 hat demnach die gesamten Verfahrenskosten zu tragen. Für die Parteikosten ist zu beachten, dass die BVD eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführenden durch die Gemeinde festgestellt hat (angefochtener Entscheid E. 4d). Die BVD hat die Gehörsverletzung zwar geheilt. Sie hat diese aber im Kostenpunkt berücksichtigt und die Gemeinde verpflichtet, den Beschwerdeführenden trotz Unterliegens einen Sechstel der Parteikosten zu ersetzen (angefochtener Entscheid E. 4f und E. 14d). Die Gemeinde bestreitet in ihrer Stellungnahme an das Verwaltungsgericht die festgestellte Gehörsverletzung nicht, macht aber geltend, den Beschwerdeführenden sei daraus kein Nachteil erwachsen (act. 4). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist allerdings formeller Natur; dessen Verletzung setzt keinen materiellen Nachteil voraus (statt vieler BGE 144 I 11 E. 5.3; BVR 2018 S. 281 E. 3.1, 2014 S. 105 E. 3.6). Die Erwägungen der BVD zur Gehörsverletzung sind nicht zu beanstanden. Es bleibt somit dabei, dass die Gemeinde den Beschwerdeführenden einen Sechstel der vorinstanzlichen Parteikosten zu ersetzen hat. Die übrigen Parteikosten für das Verfahren vor der BVD sind von der Beschwerdegegnerschaft 1 zu tragen.

#### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern vom 21. April 2020 aufgehoben. Die Baubewilligung wird verweigert. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'500.--, werden der Beschwerdegegnerschaft 1 auferlegt.
- b) Die Beschwerdegegnerschaft 1 und die Beschwerdegegnerin 2 haben den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 5'000.-- (inkl. Auslagen und MWSt), je hälftig, ausmachend Fr. 2'500.-- zu ersetzen.
3. a) Die Kosten des Verfahrens vor der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern von Fr. 3'600.-- werden der Beschwerdegegnerschaft 1 auferlegt.
- b) Die Beschwerdegegnerschaft 1 hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten für das Verfahren vor der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern, festgesetzt auf Fr. 7'937.60 (inkl. Auslagen und MWSt), zu fünf Sechsteln, ausmachend Fr. 6'614.65 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
- c) Die Beschwerdegegnerin 2 hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten für das Verfahren vor der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern, festgesetzt auf Fr. 7'937.60 (inkl. Auslagen und MWSt), zu einem Sechstel, ausmachend Fr. 1'322.95 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
  - Beschwerdeführende
  - Beschwerdegegnerschaft 1
  - Einwohnergemeinde Hilterfingen
  - Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.