

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 26. März 2019**

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichter Häberli, Verwaltungsrichter Keller  
Gerichtsschreiber Tschumi

100.2018.332

**Stockwerkeigentümergeinschaft Unterseen Gbbl. Nr. 1 \_\_\_\_\_,**  
bestehend aus:

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...
5. ...
6. ...
7. ...
8. ...
9. ...
10. ...
11. ...
12. ...
13. ...
14. ...
15. ...
16. ...
17. ...
18. ...
19. ...
20. ...
21. ...
22. ...
23. A. \_\_\_\_\_ AG, handelnd durch die statutarischen Organe
24. Miteigentümergeinschaft Unterseen Gbbl. Nr. 1 \_\_\_\_\_-24,  
bestehend aus den vorgenannten Stockwerkeigentümern und  
Stockwerkeigentümerinnen 1-17 sowie 19-23

alle per Adresse ... AG

Beschwerdeführende



100.2018.346

**A.\_\_\_\_\_ AG**

handelnd durch die statutarischen Organe

Beschwerdeführerin

gegen

**Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern**

Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

**Einwohnergemeinde Unterseen**

Baukommission, Obere Gasse 2, 3800 Unterseen

betreffend Baupolizei; Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bezüglich  
Gartenzaun mit Betonsockel (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion  
des Kantons Bern vom 19. September 2018; RA Nr. 110/2018/68)

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die A. \_\_\_\_\_ AG ist Alleineigentümerin der Parzelle Unterseen Gbbl. Nr. 2 \_\_\_\_\_ und zugleich Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft «B. \_\_\_\_\_», welche Eigentümerin der benachbarten Parzelle Gbbl. Nr. 1 \_\_\_\_\_ ist. Mit Gesamtbauentscheid vom 25. Februar 2016 erteilte das Regierungsstatthalteramt (RSA) Interlaken-Oberhasli der A. \_\_\_\_\_ AG als Bauherrin die Baubewilligung für eine unterirdische Einstellhalle und sieben oberirdische Autoabstellplätze, eine entsprechende Umgebungsgestaltung und eine Zufahrt auf den Parzellen Gbbl. Nrn. 1 \_\_\_\_\_ und 2 \_\_\_\_\_.

Nachdem sich herausgestellt hatte, dass im Zug der Bauarbeiten nicht bewilligte Sockelmauern errichtet worden waren, leitete die Einwohnergemeinde (EG) Unterseen im Sommer 2016 ein baupolizeiliches Verfahren ein. Die A. \_\_\_\_\_ AG reichte in der Folge am 21. November 2016 ein nachträgliches Baugesuch für einen Gartenzaun mit Betonsockel entlang der Grenze zwischen den Parzellen Gbbl. Nrn. 1 \_\_\_\_\_ und 2 \_\_\_\_\_ sowie entlang der Aarestrasse bis zum bestehenden Gebäude Aarestrasse ... ein. Mit Gesamtbauentscheid vom 10. April 2018 erteilte das RSA Interlaken-Oberhasli eine Teilbaubewilligung für den Zaun mit Betonsockel entlang der Aarestrasse. Für den arealinternen Teil des Zauns mit Betonsockel entlang der Parzellengrenze erteilte es den Bauabschlag und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an.

### **B.**

Gegen diese Verfügung erhob die A. \_\_\_\_\_ AG am 9. Mai 2018 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Diese beteiligte mit prozessleitender Verfügung vom 3. Juli 2018 die Stockwerkeigentümergeinschaft Gbbl. Nr. 1 \_\_\_\_\_ von Amtes wegen am Verfahren und wies am 19. September 2018 die Beschwerde mit ent-

sprechender Anpassung der Wiederherstellungsverfügung sowie unter zusätzlicher Androhung der Ersatzvornahme ab.

### C.

Hiergegen hat die Stockwerkeigentümergeinschaft «B.\_\_\_\_\_» (Verfahren 100.2018.332) am 11. Oktober 2018 Beschwerde erhoben mit folgenden Rechtsbegehren:

- «1. D[er] Entscheid durch die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern ist zurückzuweisen und zur Neuurteilung zu bringen, unter Berücksichtigung aller vorliegenden Fachberichte[,] Argumentationen und dem gesunden Menschenverstand.
2. Eine Besichtigung vor Ort zur Urteilsfindung und der Vorbereitung des Verwaltungsgerichtsentscheides ist zwingend.
3. Einem Ersatz des alten Zaunes Südwest (zwischen Gemüsegarten und Hotelgarten) im Bereich der Marche der Parz. 1\_\_\_\_\_ - 2\_\_\_\_\_, ist u.a. aus Gewohnheitsrecht-, Gleichbehandlungspflicht und Personenschutzgründen eine Bewilligung zu erteilen.
4. Der Kanton Bern ist haftbar zu machen für Schäden an Leib und Leben und daraus entspringende Kosten für die Zeit bis zur Realisierung des u.a. sicherheitsrelevanten Zaunes auf Betonsockel.»

Am 17. Oktober 2018 hat die A.\_\_\_\_\_ AG (Verfahren 100.2018.346) ebenfalls Beschwerde erhoben mit folgenden Rechtsbegehren:

- «1. Der Entscheid durch die BVE-Direktion des Kantons Bern ist zurückzuweisen und zur Neuurteilung zu bringen, unter Berücksichtigung aller vorliegenden Fachberichte, Argumentationen, des Aspekt[s] des Personenschutz[es] und [des] Schutz[es] der Privatsphäre sowie der Verhältnismässigkeit.
2. Vor einer Entscheidung hat zwingend eine Besichtigung vor Ort stattzufinden.
3. Das Baugesuch 222/2017 ist zu bewilligen.
4. Falls den Eigentümern die sicherheitsrelevante Einzäunung untersagt wird, sind die entsprechenden Behörden und Ämter für Personenschäden haftbar zu machen.»

Der Abteilungspräsident hat die Verfahren 100.2018.332 und 100.2018.346 mit Verfügung vom 13. November 2018 vereinigt.

Mit Vernehmlassung vom 15. November 2018 schliesst die BVE auf Abweisung der Beschwerde. Die EG Unterseen beantragt mit Stellungnahme vom 16. November 2018 sinngemäss die Gutheissung der Beschwerde.

## **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 (vgl. auch Art. 49 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]).

**1.2** 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 BauG). Die Parteistellung der Beschwerdeführenden im Verfahren 100.2018.332 wird von diesen selbst zu Unrecht bestritten (Beschwerdebegründung Rz. 1 ff. und 7 im Verfahren 100.2018.332). Adressatinnen und Adressaten einer Wiederherstellungsverfügung sind insbesondere die im Grundbuch eingetragenen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer (Art. 46 Abs. 2 BauG). Sind Bauherrschaft und Grundeigentümerschaft nicht identisch, so ist die Wiederherstellungsverfügung nebst der Bauherrschaft als sog. Verhaltensstörerin auch an die Grundeigentümerschaft als sog. Zustandsstörerin zu richten (BVR 2008 S. 261 E. 3.2, 2007 S. 362 E. 4.1; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band I, 4. Aufl. 2013, Art. 46 N. 12). Der streitgegenständliche Gartenzaun mit Betonsockel befindet sich auf der Grenze der Parzellen Gbbl. Nrn. 1\_\_\_\_\_ und 2\_\_\_\_\_ (Situationsplan, Beilage zum angefochtenen Entscheid). Die BVE hat die Beschwerdeführenden im Verfahren 100.2018.332 als Eigentümerschaft der Parzelle Gbbl. Nr. 1\_\_\_\_\_ somit zu Recht am Verfahren beteiligt. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden ist unter Vorbehalt von E. 1.3 hiernach einzutreten.

**1.3** Das RSA Interlaken-Oberhasli hat mit Gesamtbauentscheid vom 10. April 2018 die nachträgliche Baubewilligung für den Gartenzaun mit Betonsockel entlang der Aarestrasse erteilt, hingegen die Bewilligung für den arealinternen Gartenzaun mit Betonsockel verweigert und diesbezüglich die Wiederherstellung angeordnet. Die Kosten des Baubewilligungsver-

fahrens auferlegte sie der Beschwerdeführerin im Verfahren 100.2018.346 als Bauherrin, was unbestritten blieb. Vor der BVE war einzig die Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung für den arealinternen Gartenzaun angefochten; entsprechend bildet nur diese Gegenstand des Verfahrens vor Verwaltungsgericht. Nicht Streitgegenstand ist hingegen die Frage einer allfälligen Staatshaftung (zur Begrenzung des Streitgegenstands statt vieler BVR 2017 S. 514 E. 1.2 mit zahlreichen Hinweisen). Auf die Beschwerden in den Verfahren 100.2018.332 und 100.2018.346 ist deshalb betreffend die Rechtsbegehren 4 nicht einzutreten.

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

## **2.**

Die Beschwerdeführenden bestreiten zunächst die Bewilligungspflicht des Bauvorhabens.

**2.1** Die Parzellen Gbbl. Nrn. 1\_\_\_\_\_ und 2\_\_\_\_\_ grenzen an die Grosse Aare. Sie befinden sich im Perimeter des Überbauungs- und Uferschutzplans (ÜO) «Spielmatte» sowie im Ortsbildschutzgebiet A «Spielmattenvorstadt». Der Bereich entlang der Grenze zwischen den beiden Parzellen liegt im gelben Gefahrenggebiet. Die aneinanderggebauten Gebäude an der Aarestrasse ... und Spielmatte ... auf Parzelle Gbbl. Nr. 1\_\_\_\_\_ sind schützenswerte K-Objekte, welche Teil der Baugruppe B sind. Ende des 19. Jahrhunderts befand sich in diesen Gebäuden das Hotel «B.\_\_\_\_\_», welches über eine Gartenanlage verfügte, die sich über die Parzellen Gbbl. Nrn. 1\_\_\_\_\_ und 2\_\_\_\_\_ erstreckte (Vorakten RSA act. 2D pag. 156). Das ehemalige Hotel wurde zwischenzeitlich zu Wohnzwecken umgebaut (Vorakten RSA act. 2D pag. 150). Auf Parzelle Gbbl. Nr. 1\_\_\_\_\_ verläuft entlang der Grenze zu Parzelle Gbbl. Nr. 2\_\_\_\_\_ ein Plattenweg, welcher den individuellen Vorbereich der Wohnungen von der allgemeinen Grünfläche abgrenzt. Dieser führt von der Aarestrasse zur Grossen Aare und endet dort an einem gemeinschaftlichen Sitzplatz (Vorakten RSA act. 2D pag. 184 ff.). Entlang

dieses Weges soll gemäss dem streitigen Bauvorhaben ein 1,20 m hoher Gartenzaun mit Betonsockel errichtet werden, der an seinem östlichsten Punkt an die Aare grenzt (Vorakten RSA act. 2D pag. 1 ff., 164 f. sowie Baupläne in Mappe).

**2.2** Bis zu 1,20 m hohe Einfriedungen bedürfen grundsätzlich keiner Baubewilligung (Art. 1b Abs. 1 BauG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Bst. i des Dekrets vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren [Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1]). Betrifft ein solches Bauvorhaben den Gewässerraum, ein Baudenkmal oder dessen Umgebung und ist das entsprechende Schutzinteresse betroffen, untersteht es gleichwohl der Baubewilligungspflicht (Art. 7 Abs. 2 BewD). Der Gartenzaun mit Sockelmauer soll grösstenteils innerhalb des übergangsrechtlichen, bis zur definitiven Festlegung des Gewässerraums freizuhaltenden Uferstreifens der Aare von beidseitig je 20 m Breite erstellt werden (Vorakten RSA act. 2D pag. 95 f.; Art. 36a Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GschG; SR 814.20] i.V.m. Art. 41a der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 [GSchV; SR 814.201] und Abs. 1 und 2 Bst. b der Übergangsbestimmung zu Änderung vom 4. Mai 2011 der GSchV; Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 1b N. 7 Bst. b; vgl. auch VGE 2016/74 vom 26.10.2016 E. 5.2). Da der Gartenzaun aufgrund seiner Lage geeignet ist, den Gewässerraum der Aare zu beeinträchtigen, ist er bewilligungspflichtig. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass der Zaun in der Umgebung eines Baudenkmals errichtet werden soll (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 8. September 1999 über die Denkmalpflege [Denkmalpflegegesetz, DPG; BSG 426.41] i.V.m. Art. 10a ff. BauG). Das Bauvorhaben untersteht nach dem Gesagten der Baubewilligungspflicht.

**2.3** Wie die Ausführungen in E. 2.1 vorne zeigen, geht der Sachverhalt mit genügender Klarheit aus den Akten hervor. Da sich ausschliesslich Rechtsfragen stellen (siehe E. 3 ff. hiernach), sind von der Durchführung eines Augenscheins keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten. Der entsprechende Beweisantrag der Beschwerdeführenden wird deshalb abgewiesen (Rechtsbegehren 2 und Beschwerdebegründung Rz. 5 im Verfahren 100.2018.332; Rechtsbegehren 2 und Beschwerdebegründung Rz. 8 im

Verfahren 100.2018.346; vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung etwa BVR 2017 S. 255 E. 5.1 mit Hinweisen).

### 3.

Strittig ist ferner die Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit den kommunalen Überbauungsvorschriften.

**3.1** Für die Beurteilung des streitigen Bauvorhabens ist die ÜO «Spielmatte» vom 21. Dezember 2015 massgebend, bestehend aus den Überbauungsvorschriften (ÜV) und dem Überbauungs- und Uferschutzplan (Art. 48 Abs. 1 i.V.m. Anhang 2 Ziff. 6 des Baureglements der EG Unterseen vom 17. April 2000). Gemäss Art. 3 Bst. e ÜV werden Einfriedungen im Überbauungsplan verbindlich geregelt. Dieser sieht entlang der Aarestrasse eine Einfriedung vor, nicht aber arealintern entlang der Grenze der Parzellen Gbbl. Nrn. 1\_\_\_\_\_ und 2\_\_\_\_\_. Art. 11 ÜV regelt Einfriedungen bei privaten Aussenflächen im Übrigen wie folgt:

Private Aussenflächen, Einfriedungen

Art. 11

<sup>1</sup> Die privaten Aussenflächen können als Garten, Terrassen auch als Aussenterrassen von Gastgewerbebetrieben etc. genutzt werden. Die Erstellung von An- und Nebenbauten sowie weiterer Parkplätze ist nicht gestattet. Im Zusammenhang mit Aussenterrassen von Gastgewerbebetrieben sind Pergolen zugelassen.

<sup>2</sup> An den im Überbauungsplan bestimmten Stellen können die privaten Aussenflächen gegen den öffentlichen Raum durch max. 1.20 m hohe Mauern und Gartenzäune abgegrenzt werden. Draht und Drahtgeflechtzäune sind nur erlaubt, wenn sie mind. 40 cm von der Grenze zurückgesetzt und durch Pflanzen überwachsen werden. Geschnittene Hecken mit Durchblicken zum Wasser dürfen eine Höhe von 1.40 m aufweisen.

<sup>3</sup> Die private Aussenfläche des B.\_\_\_\_\_ -Areal (Parzellen Nrn. 1\_\_\_\_\_ und 2\_\_\_\_\_) ist als zusammenhängende Gartenanlage, die mit den Gebäuden Spielmatte... und Aarestrasse... eine Einheit bildet, unter Beizug der kantonalen Denkmalpflege und eines ausgewiesenen Landschaftsarchitekten zu gestalten.

**3.2** Die BVE hat erwogen, dass nach Art. 11 Abs. 2 ÜV an den im Überbauungsplan bestimmten Stellen die privaten Aussenflächen gegen den öffentlichen Raum durch Einfriedungen abgegrenzt werden können. Da der

Überbauungsplan die Lage der Einfriedungen nach Art. 3 Bst. e ÜV verbindlich regle und auf dem B. \_\_\_\_\_-Areal eine solche nicht vorsehe, sei das Bauvorhaben nicht bewilligungsfähig. Dabei seien weder das Einverständnis der involvierten Behörden noch allfällige historische Gegebenheiten massgebend (angefochtener Entscheid E. II.2.f). – Die Beschwerdeführenden bringen demgegenüber vor, dass Art. 11 Abs. 2 ÜV einzig die Abgrenzung zum öffentlichen Raum regle, weshalb das Bauvorhaben als Abgrenzung zur privaten Nachbarparzelle bewilligungsfähig sei. Zudem habe in historischer Hinsicht schon immer eine Unterteilung der Gartenanlage bestanden, sodass trotz des Gartenzauns entlang des Plattenwegs eine zusammenhängende Gartenanlage bestehe (Beschwerdebegründung Rz. 9 im Verfahren 100.2018.332; Beschwerdebegründung Rz. 2 f. und 12 im Verfahren 100.2018.346).

**3.3** Die EG Unterseen vertritt in ihrer Stellungnahme an das RSA Interlaken-Oberhasli die Ansicht, dass das Bauvorhaben die kommunalen Bauvorschriften einhalte. Sie führt aus, den ÜV und dem zugehörigen Erläuterungsbericht könne nicht entnommen werden, dass Einfriedungen zwischen privaten Parzellen generell untersagt seien; vielmehr stehe die Schaffung einer zusammenhängenden Gartenanlage auf dem B. \_\_\_\_\_-Areal im Vordergrund. Mit Blick auf die historische Entwicklung des Gebiets und historische Fotos zeige sich ausserdem, dass bereits früher im Bereich des Gartenzauns eine Unterteilung bestanden habe. Die räumliche Aufteilung des Areals durch den Plattenweg sei zudem mit Gesamtbauentscheid vom 25. Februar 2016 bereits bewilligt worden. Eine verstärkte Abgrenzung mittels Zaun habe keinen ausserordentlich negativen Einfluss auf die Wirkung des Areals als zusammenhängende Gartenanlage (Vorakten RSA act. 2D pag. 128 ff.).

#### **4.**

**4.1** Der Sinngehalt einer Norm ist durch Auslegung zu ermitteln. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (grammatikalisches Element). Ist der Normtext nicht klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss unter Einbeziehung aller Auslegungselemente nach seiner wahren

Tragweite gesucht werden. Zu berücksichtigen sind der Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen (systematisches Auslegungselement), die Entstehungsgeschichte (historisches Auslegungselement) sowie der Sinn und Zweck der Norm (teleologisches Auslegungselement), soweit diesen 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 zuerkennt. 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. 15 E. 3.1, 2016 S. 167 E. 3.1). Bei der Auslegung von kommunalen Erlassen ist zudem zu beachten, dass Gemeinden im Bereich ihrer Bau- und Zonenplanung im Rahmen der gesetzlichen Regelungen und der übergeordneten Planung autonom sind (Art. 65 Abs. 1 BauG). Ihnen kommt deshalb bei der Anwendung ihrer eigenen Normen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu und die Rechtsmittelinstanzen auferlegen sich eine gewisse Zurückhaltung. Beurteilungsspielraum geniessen die Gemeinden allerdings nur bei der Wahl zwischen mehreren rechtlich haltbaren Auslegungen einer Norm (BVR 2019 S. 15 E. 3.2, 2016 S. 79 E. 4.6, 2015 S. 263 E. 5.1). Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinde wie hier nicht selber Baubewilligungsbehörde ist, sondern sich als Verfahrensbeteiligte auf die entsprechende Auslegung beruft (BGer 1C\_484/2016 vom 28.6.2017 E. 2.1.2; BVR 2019 S. 51 E. 6.2; VGE 2018/84 vom 6.12.2018 E. 2.5).

## 4.2

**4.2.1** Art. 11 ÜV umschreibt in Abs. 1 die zulässige Nutzung privater Aussenflächen. Abs. 2 legt fest, dass an den im Überbauungsplan bestimmten Stellen die privaten Aussenflächen gegen den *öffentlichen* Raum durch Mauern oder Gartenzäune abgegrenzt werden können. Hinsichtlich des B.\_\_\_\_\_ -Areal verlangt Abs. 3 spezifisch die Gestaltung als zusammenhängende Gartenanlage, die mit den Gebäuden Spielmatte ... und Aarestrasse ... eine Einheit bildet. Über die Abgrenzung privater Aussenflächen gegenüber *privaten* Nachbarparzellen – sei es generell im Perimeter der ÜO oder spezifisch auf dem B.\_\_\_\_\_ -Areal – schweigt

sich die Regelung aus. Insofern führt die Auslegung nach dem Wortlaut zu keinem eindeutigen Ergebnis.

**4.2.2** Art. 11 ÜV trägt den Randtitel «Private Aussenflächen, Einfriedungen». Abs. 1 nimmt als Regelungsgegenstand die privaten Aussenflächen, Abs. 2 die Einfriedungen gegenüber dem öffentlichen Raum auf. Beide Absätze gelten aufgrund der systematischen Einordnung von Art. 11 ÜV unter dem zweiten Abschnitt «Bauzone» für sämtliche Bauzonen im Perimeter der ÜO. Im Gegensatz dazu gilt Abs. 3 als besondere Regelung nur für das B. \_\_\_\_\_-Areal, wobei Abs. 3 als Sonderbestimmung zu Abs. 1, zu Abs. 2 oder zu beiden Absätzen gelesen werden kann. Da Art. 11 ÜV aber letztlich keine ausdrückliche Regelung über die Einfriedungen gegenüber dem *privaten* Raum enthält, kann weder aus der systematischen Einordnung von Art. 11 ÜV noch aus der Gliederung der einzelnen Absätze etwas zur Zulässigkeit solcher Einfriedungen entnommen werden. Einzig die Regelung in Art. 3 Bst. e ÜV, wonach der Überbauungsplan Einfriedungen verbindlich regelt, liesse unter Umständen auf eine abschliessende Regelung und damit auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers schliessen.

**4.2.3** Aufgrund der Entstehungsgeschichte und anderer Anhaltspunkte ist sodann Sinn und Zweck von Art. 11 ÜV bzw. der ÜO als Ganzes zu ermitteln. Die ÜO «Spielmatte» wurde seit ihrem Erlass mehrmals revidiert. Mit Änderung vom 10. September 2012 wurde u.a. Art. 11 Abs. 3 ÜV eingefügt und Abs. 2 um den letzten Satz ergänzt (Vorakten RSA act. 2D pag. 139). Grundlage für die Verabschiedung dieser Änderung durch den Gemeinderat bildete der Erläuterungsbericht vom 10. September 2012. Dieser hält insbesondere fest, dass mit der Sanierung der gesamten Liegenschaft B. \_\_\_\_\_ (mit den Gebäuden Spielmatte ... und Aarestrasse ... samt zugehöriger Gartenanlage) auch beabsichtigt werde, das gesamte Ensemble am Brückenkopf als kohärente Gesamtanlage von städtebaulich und denkmalpflegerisch grosser Bedeutung zu schaffen bzw. wiederherzustellen. Mit der Realisierung einer unterirdischen Einstellhalle und der Schaffung von höchstens fünf oberirdischen Besucherparkplätzen könne die ehemalige Einfriedung des Hotelgartens zu einem grossen Teil wiederhergestellt werden. Dem Bericht kann zudem entnommen werden,

dass die Änderung der ÜO insbesondere auf die Herbeiführung einer Aussenraumgestaltung abzielt, die sich an die Gartengestaltung aus dem ausgehenden 19. Jahrhundert anlehnt (Vorakten RSA 2D pag. 153, 157). – Gestützt auf den Erläuterungsbericht ist davon auszugehen, dass bei der Ausgestaltung und Änderung der ÜV im Bereich des B. \_\_\_\_\_-Areal die Wiederherstellung der «zusammenhängenden Gartenanlage» mit äusserer Einfriedung im Vordergrund stand, was in der Formulierung von Art. 11 Abs. 3 ÜV Ausdruck findet. Ob dabei die Anlage arealintern mit Zäunen, Büschen, etc. unterteilt wird, scheint hingegen unwichtig, solange die Anlage insgesamt eine zusammenhängende Gartenanlage bildet. Dass Einfriedungen gegenüber dem privaten Raum generell untersagt sein sollten, wie die Formulierung des für alle Bauzonen geltenden Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Bst. e ÜV allenfalls vermuten lassen könnte, kann dem Erläuterungsbericht jedenfalls nicht entnommen werden. Vielmehr dürfte mit Art. 11 ÜV in erster Linie beabsichtigt worden sein, die äussere Einfriedung des B. \_\_\_\_\_-Areal wiederherzustellen und entsprechend zu gestalten. Aus den Akten ergibt sich ferner, dass im Wirkungsbereich der ÜO an verschiedenen Orten Zäune errichtet wurden, ohne dass diese auf dem Überbauungsplan als Einfriedung verzeichnet wären (namentlich auf Parzelle Gbbl. Nr. 1 \_\_\_\_\_ entlang der Grossen Aare [Vorakten RSA act. 2D pag. 186] sowie auf Parzelle Gbbl. Nr. ... entlang der Grenze zu den Parzellen Gbbl. Nrn. ... und ... [Beschwerde Rz. 16 f. im Verfahren 100.2018.332; Beschwerde Rz. 17 f. im Verfahren 100.2018.346; Bild 1 und 2 in Beilagen zu den Beschwerden]; Überbauungsplan in Vorakten RSA act. 2C pag. 52). Diese Aspekte sprechen für die Rechtsauffassung der Gemeinde, wonach Art. 11 ÜV kein generelles Einfriedungsverbot gegenüber privaten Nachbarparzellen statuiert.

**4.2.4** In Würdigung aller Auslegungselemente und gestützt auf das Erwogene erweist sich die Auslegung der EG Unterseen, wonach Art. 11 Abs. 2 ÜV lediglich Einfriedungen gegenüber dem öffentlichen Raum regelt und Abs. 3 arealinterne Einfriedungen auf dem B. \_\_\_\_\_-Areal zulässt, sofern die Aussenfläche zumindest optisch insgesamt als eine zusammenhängende Gartenanlage erscheint, als rechtlich haltbar. Die von den kantonalen Instanzen vertretene gegenteilige Ansicht hat daher im Licht der Gemeindeautonomie vor der kommunalen Auslegung zurückzutreten (vorne

E. 4.1). Mit Verweis auf die historischen Gegebenheiten hat die EG Unterseen zudem nachvollziehbar begründet, weshalb trotz verstärkter Abgrenzung durch einen arealinternen Gartenzaun noch immer von einer zusammenhängenden Gartenanlage auszugehen ist. Das Bauvorhaben ist folglich mit den kommunalen ÜV vereinbar.

## **5.**

Mit Blick auf die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens ergibt sich im Weiteren Folgendes:

**5.1** Nach der zutreffenden Feststellung des Amts für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR) in seinem Amtsbericht an das RSA soll der Gartenzaun mit Sockelmauer innerhalb des übergangsrechtlich freizuhaltenden Uferstreifens der Aare erstellt werden (vorne E. 2.2). Das Bauvorhaben bedarf daher sowohl einer Wasserbaupolizeibewilligung nach Art. 48 des (kantonalen) Gesetzes vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11) als auch einer Ausnahmegewilligung für Bauten und Anlagen im Gewässerraum nach Bundesrecht.

**5.2** Eine Wasserbaupolizeibewilligung für Bauten und Anlagen im Gewässerraum wird erteilt, wenn das Vorhaben das Gewässer, den Gewässerunterhalt und den Wasserbau nicht beeinträchtigt (Art. 48 Abs. 3 WBG i.V.m. Art. 39a der Wasserbauverordnung vom 15. November 1989 [WBV; BSG 751.111.1]). Ausnahmen hiervon sind nur möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 48 Abs. 4 WBG). Gemäss Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 31. Juli 2015 erfüllt das Bauvorhaben den Tatbestand von Art. 39a Bst. h WBV, da infolge des Vorhabens künftig zusätzliche Aufwendungen bei Wasserbau oder Gewässerunterhalt zu erwarten seien. Eine wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung nach Art. 48 Abs. 3 und 4 WBG könne aber erteilt werden, da das Bedürfnis bereits in der entsprechenden Überbauungsordnung dargelegt sei und keine überwiegenden Interessen entgegenstünden (Vorakten RSA act. 2D pag. 93; Vorakten RSA act. 2C

pag. 151). Für das Verwaltungsgericht besteht kein Anlass, an dieser Einschätzung zu zweifeln. Die wasserbaupolizeiliche Ausnahmegewilligung nach Art. 48 Abs. 3 und 4 WBG ist daher zu erteilen.

**5.3** Art. 41c Abs. 1 GSchV legt sodann auf Bundesebene fest, dass im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen erstellt werden dürfen. Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde jedoch in dicht überbauten Gebieten zonenkonforme Anlagen bewilligen (Art. 41c Abs. 1 Bst. a GSchV; zum Begriff «dicht überbautes Gebiet» BGE 143 II 77 E. 2 [URP 2017 S. 276], 140 II 428 E. 7 [URP 2014 S. 555], je mit Hinweisen; BGer 1C\_289/2017 vom 16.11.2018 E. 5.4 f. [zur Publ. in URP bestimmt]; VGE 2017/112 vom 15.11.2017 E. 3 f.). Das AGR hat zutreffend festgehalten, dass das zonenkonforme Bauvorhaben in dicht überbautem Gebiet liegt (Vorakten RSA act. 2D pag. 96). Zudem ist der Hochwasserschutz gewährleistet (Vorakten RSA act. 2C pag. 48 ff.; vgl. Vorakten RSA act. 2D pag. 91 f.) und dem Bauvorhaben stehen keine wasserbaupolizeilichen Interessen entgegen (E. 5.2 hiervor). Anderweitige überwiegende Interessen, die der Erteilung einer Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Gewässerraums entgegenstehen, sind keine ersichtlich.

**5.4** Die kantonale Denkmalpflege hat in ihrem Fachbericht vom 4. Januar 2017 ihre Zustimmung zum Bauvorhaben erteilt (Vorakten RSA act. 2D pag. 89). Damit sind sämtliche Voraussetzungen zur Erteilung der Baubewilligung erfüllt. Ausführungen zu den weiteren Vorbringen der Beschwerdeführenden erübrigen sich unter diesen Umständen.

## **6.**

**6.1** Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Der Entscheid der BVE ist aufzuheben und die nachträgliche Baubewilligung zu erteilen.

**6.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegen die beschwerdeführenden Parteien in beiden Verfahren vollständig. Entsprechend sind für die Verfahren vor Verwaltungsgericht keine Kosten zu erheben (Art. 108

Abs. 1 und 2 VRPG). Ersatzfähige Parteikosten sind in beiden Verfahren keine angefallen (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sind entsprechend dem Ausgang der verwaltungsgerichtlichen Verfahren neu zu verlegen.

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerden in den Verfahren 100.2018.332 und 100.2018.346 werden gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Der Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion vom 19. September 2018 wird aufgehoben und die nachträgliche Baubewilligung für die Erstellung eines Gartenzauns mit Betonsockel gemäss Baugesuch vom 21. November 2016 wird erteilt.
2. Für die Verfahren 100.2018.332 und 100.2018.346 vor dem Verwaltungsgericht werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.
3. Für das Verfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
  - den Beschwerdeführenden im Verfahren 100.2018.332
  - der Beschwerdeführerin im Verfahren 100.2018.346
  - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
  - der Einwohnergemeinde Unterseen
  - dem Bundesamt für Umweltund mitzuteilen:
  - dem Regierungsstatthalteramt Interlaken-Oberhasli

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.