

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2017/45

Bern, 30. August 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **A.** _____
Beschwerdeführerin 1

Frau **B.** _____
Beschwerdeführerin 2

Herrn **C.** _____
Beschwerdeführer 3

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____



_____ und

E. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Rechtsanwalt F. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Interlaken, Gemeindeverwaltung, Postfach 97, 3800 Interlaken

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Interlaken vom 28. März 2017 (Baugesuch Nr. 581/16.099; Umbau und Erweiterung Wohn- und Geschäftshaus)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 15. Dezember 2016 bei der Gemeinde Interlaken ein Baugesuch ein für den Umbau und die Erweiterung des Wohncenters H._____ in Interlaken (Interlaken Grundbuchblatt Nr. G._____). Das Wohncenter H._____ ist ein Wohn- und Geschäftshaus, befindet sich in der Mischzone Kern (K) und wird momentan aufgrund einer in Rechtskraft erwachsenen Baubewilligung vom 16. Februar 2016 umgebaut. Die Bauherrschaft reichte das vorliegend strittige Bauprojekt als Projektänderung zu diesem bereits bewilligten Vorhaben ein. Aufgrund der umfangreichen Änderungen führte die Vorinstanz kein Projektänderungs-, sondern ein neues Baubewilligungsverfahren durch. Das Vorhaben wurde im vorinstanzlichen Verfahren daraufhin wie folgt publiziert: "Umbau und Erweiterung Wohn- und Geschäftshaus. Einbau von Wohnungen (total 39) und Gewerberäume. Erweiterung Parkierung (Einstellhalle für 39 PKW). Aufstockung Gebäudeteil Nordost." Dagegen erhoben die Beschwerdeführenden Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 28. März 2017 erteilte die Gemeinde Interlaken die Baubewilligung.

2. Gegen diesen Entscheid reichten die Beschwerdeführenden am 1. Mai 2017 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Gesamtentscheides vom 28. März 2017. Eventualiter verlangen sie die Sistierung des Verfahrens, bis ein rechtskräftiger Beschluss der betroffenen Stockwerkeigentümergeinschaft zum Bauvorhaben vorliegt.

Zur Begründung bringen die Beschwerdeführenden zusammengefasst vor, das strittige Grundstück sei in Stockwerkeigentum aufgeteilt. Die Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer, und damit auch die Beschwerdeführenden, müssten die Baupläne unterzeichnen und dem Vorhaben die Zustimmung erteilen. Weil dies nicht erfolgt sei, fehle es der Beschwerdegegnerin an einem schutzwürdigen Interesse zur Behandlung ihres Baugesuchs. Das Bauvorhaben sei zudem mangelhaft profiliert worden. Schliesslich sei keine bzw. nicht ausreichend Spielplatzfläche vorgesehen und die Vorinstanz habe diesbezüglich zu Unrecht eine umfassende Ausnahmegewilligung erteilt.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz beantragen die Abweisung der Beschwerde.

4. Die Beschwerdeführenden verlangen mit Gesuch vom 17. August 2017 die Sistierung des Verfahrens. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Eingabe vom 21. August 2017, das Sistierungsgesuch sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

5. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG². Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Baubewilligungsverfahren (Art. 5 Abs. 1 KoG). Bauentscheide können nach Art. 40 Abs. 1 BauG³ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

b) Zur Beschwerde befugt sind die Baugesuchstellerinnen, die Baugesuchsteller, die Einsprecherinnen, die Einsprecher und die zuständige Gemeindebehörde (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 40 Abs. 1 BauG). Die Beschwerdeführenden sind als im vorinstanzlichen Verfahren beteiligte Einsprecherinnen und Einsprecher zur Beschwerde legitimiert. Die 30-

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 Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

³ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721)

tägige Beschwerdefrist ist mit der am 1. Mai 2017 bei der Post aufgegebenen Beschwerde gewahrt. Auf die frist- und formgerechte Beschwerde ist einzutreten.

2. Unterschriftliche Zustimmung der Beschwerdeführenden

a) Das Grundstück Interlaken Grundbuchblatt Nr. G. _____ ist in Stockwerkeigentum mit insgesamt zehn Stockwerkeinheiten aufgeteilt. Sowohl die Beschwerdeführenden als auch die Beschwerdegegnerin besitzen Stockwerkeigentumsanteile und sind Teil der Stockwerkeigentümergeinschaft. Es ist unbestritten, dass die Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer an einer Zusammenkunft am 18. November 2016 über das Bauvorhaben informiert wurden und in der Folge einen Vertreter bevollmächtigten, die Baugesuchsakten in ihren Namen zu unterzeichnen. Diese Vollmacht wurde von sämtlichen Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümern, also auch von den Beschwerdeführenden, erteilt. Der ernannte Vertreter, I. _____, ist selbst Mitglied der Stockwerkeigentümergeinschaft. Noch vor Unterzeichnung der Baugesuchsunterlagen widerriefen die Beschwerdeführenden die erteilte Vollmacht. Die übrigen Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer nahmen keinen Widerruf vor. I. _____ unterzeichnete in der Folge das Baugesuch und die Baupläne im Namen sämtlicher Grundeigentümerinnen und -eigentümer.

b) Die Beschwerdeführenden bringen vor, weder hätten sie die Bauakten unterzeichnet noch liege ein Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft zum Bauvorhaben vor. Der Bauherrschaft fehle es damit an einem schutzwürdigen Interesse an der Durchführung des Baubewilligungsverfahrens. Der noch zu fassende Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft werde überdies einstimmig erfolgen müssen, da mit dem Bauprojekt eine Änderung der Zweckbestimmung der Sache einhergehe.

Die Vorinstanz erachtete das rechtlich geschützte Interesse der Bauherrschaft als gegeben und trat auf das Baugesuch ein. Angesichts der Vollmacht liege die Zustimmung der erforderlichen Mehrheit aller Miteigentümer vor; Einstimmigkeit sei nicht notwendig. Auch die Beschwerdegegnerin vertritt die Ansicht, durch die Unterzeichnung der Vollmacht hätten die Stockwerkeigentümer zugleich auch dem Bauvorhaben zugestimmt. Diese Zustimmung sei, anders als die Vollmacht, unwiderruflich und damit einstimmig erfolgt.

c) Die Grundeigentümer müssen im Baugesuch angegeben werden und das Baugesuch unterzeichnen (Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 BewD⁴). Nach ständiger Rechtsprechung der BVE und des Verwaltungsgerichts handelt es sich beim Unterzeichnungserfordernis nach Art. 10 Abs. 2 BewD um eine Ordnungsvorschrift.⁵ 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 Gesuchstellers nicht auf das Baugesuch eintreten. Sofern die Bauherrschaft ein eigenes schutzwürdiges Interesse vorweisen kann, ist die Zustimmung bzw. Unterschrift der Grundeigentümerschaft dagegen nicht erforderlich. Aus dem Zweck des Zustimmungserfordernisses nach Art. 10 Abs. 2 BewD, also der Verhinderung unnötiger Verfahren, ergibt sich, dass die Baubewilligungsbehörden das schutzwürdige Interesse an der Durchführung des Baubewilligungsverfahrens nur in eindeutigen Fällen zu verneinen haben. Ein solches eigenes schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung des Baugesuchs fehlt, wenn das Ergebnis des Verfahrens von vornherein ohne Belang ist, weil ein fremdrechtliches Hindernis das Bauvorhaben offensichtlich verhindert oder die Realisierung des Bauvorhabens mangels Zustimmung der Grundeigentümerschaft völlig ungewiss ist. 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. Bei der Beurteilung, ob ein schutzwürdiges Interesse im Sinne dieser Praxis vorliegt, sind also ausnahmsweise zivilrechtliche Bestimmungen zu berücksichtigen.⁶ Hier ist namentlich unter Beizug des Nutzungs- und Verwaltungsreglements der Stockwerkeigentümergeinschaft des Wohn- und Geschäftshauses Interlaken Gbbl. G. _____⁷ (nachfolgend STWE-Reglement) und der

⁴ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1)

⁵ Vgl. statt vieler BVR 2005 S. 130, 132 E. 3.1

⁶ Siehe zum Ganzen BVR 2005 S. 130 E. 3.1; VGE 2012/262 vom 8.11.2013 E. 1.2.1; VGE 2014/176 vom 10.2.2015 E. 3.1; Monika Hintz, Zivilrechtliche Vorfragen im Baubewilligungsverfahren, in KPG-Bulletin 2/2014, S. 71 ff.; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band I, Bern 2013, Art. 34 N. 10

⁷ Vorakten, pag. 19

zivilrechtlichen Gesetzesgrundlagen zu prüfen, ob die zivilrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens völlig ungewiss oder lediglich unklar ist.

Das Gesetz definiert das Stockwerkeigentum als eine Sonderform des Miteigentums (Art. 712a ZGB⁸). Gemäss Art. 712g Abs. 1 ZGB gelten für die Zuständigkeit zu Verwaltungshandlungen und baulichen Massnahmen die Bestimmungen über das Miteigentum (Art. 647 - 647e ZGB). Betreffend Beschlussquorum gelten damit folgende Regelungen: Nützliche bauliche Massnahmen nach Art. 647d ZGB, d.h. Erneuerungs- und Umbauarbeiten, die eine Wertsteigerung oder Verbesserung der Wirtschaftlichkeit oder Gebrauchsfähigkeit der Sache bezwecken, bedürfen der Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümerinnen und -eigentümern, die zugleich den grössten Teil der Sache vertritt. Gemäss Lehre fällt die Aufstockung eines Gebäudes unter den Begriff der nützlichen baulichen Massnahme.⁹ Wird die Zweckbestimmung der Sache verändert, bedarf es gemäss Art. 648 Abs. 2 ZGB dagegen der Übereinstimmung aller Miteigentümer, soweit diese nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben.

d) Die Vollmacht berechtigte I. _____ zur "Unterzeichnung der Baugesuchsakten für die Projektänderung gemäss den Projektplänen der E. _____ für die Umnutzung und Erweiterung des Wohncenters H. _____ [...]". Die Beschwerdeführenden widerriefen diese Vollmacht gegenüber dem Bevollmächtigten unbestrittenermassen noch vor der Unterzeichnung. Ein solcher Widerruf ist zivilrechtlich jederzeit zulässig (Art. 34 Abs. 1 OR¹⁰). I. _____ konnte das Baugesuch damit nicht mehr im Namen der Beschwerdeführenden unterzeichnen. Folglich liegt keine unterschriftliche Zustimmung der Beschwerdeführenden vor. Daraus kann jedoch nicht automatisch auf das fehlende Rechtsschutzinteresse der Bauherrschaft geschlossen werden. Wie dargelegt, ist angesichts der fehlenden Unterschriften vielmehr zu prüfen, ob die zivilrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens völlig ungewiss oder lediglich unklar ist.

e) Das Baugrundstück ist in zehn Stockwerkeinheiten aufgeteilt. Die Beschwerdeführenden 2 und 3 sind gemeinsam Eigentümer einer Einheit mit einer Wertquote von 24/1000 und die Beschwerdeführerin 1 ist Alleineigentümerin einer Einheit

⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 201)

⁹ Berner Kommentar, Arthur Meier-Hayoz, Bern 1981, Art. 647d N 16 ff., m.w.H.; Christoph Brunner/Jürg Wichterich, Basler Kommentar, ZGB II, Basel 2015, Art. 647d N 8

¹⁰ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220)

mit einer Wertquote von ebenfalls 24/1000. Auf diese beiden Einheiten entfällt gemäss Art. 25 Abs. 1 des STWE-Reglements¹¹ je eine Stimme. Die Beschwerdeführenden verfügen damit zusammen über zwei Stimmen und vertreten eine Wertquote von insgesamt 48/1000. Die übrigen Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer haben insgesamt 16 Stimmen und vertreten eine Wertquote von 952/1000.¹² Diese Stockwerkeigentümer, die nach wie vor mit dem Bauvorhaben einverstanden sind und in deren Namen das Baugesuch unterzeichnet wurde, erfüllen das qualifizierte Mehr, welches gemäss Art. 647d ZGB für Erneuerungs- und Umbauvorhaben sowie Aufstockungen erforderlich ist. Die Vorinstanz ging davon aus, dass dies ausreicht und das Baugesuch daher genügend unterzeichnet sei. Es ist allerdings unklar, ob für das vorliegend umstrittene Vorhaben ein qualifiziertes Mehr nach Art. 647d ZGB ausreicht oder ob eine Zweckänderung geplant ist, welche die Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer erfordert (Art. 648 Abs. 2 ZGB). Das Wohncenter H._____ wird auch nach dem geplanten Um- und Ausbau nach wie vor als Wohn- und Geschäftshaus genutzt werden; eine Zweckänderung des Gebäudes als solches im Sinne von Art. 648 ZGB ist daher nicht vorgesehen. Allerdings legt Art. 5 des STWE-Reglements fest, dass die Stockwerkeinheiten Nrn. G._____-1 bis G._____-3 (Untergeschoss, Erdgeschoss, 1. und 2. Obergeschoss) geschäftlichen Zwecken dienen. Ein Teil dieser Einheiten soll in Wohnraum umgebaut werden. Eine solche Änderung bedarf gemäss Art. 26 Abs. 3 STWE-Reglement der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer. Die Umnutzung war aber bereits im ersten Baugesuch, dem alle Stockwerkeigentümer zugestimmt haben und das rechtskräftig bewilligt wurde, vorgesehen. Ob es hierfür im vorliegenden Verfahren erneut der Zustimmung sämtlicher Stockwerkeigentümer bedarf, ist unklar, kann aber offen gelassen werden. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer mit der Unterzeichnung der schriftlichen Vollmacht auch dem Bauvorhaben zugestimmt haben. Hierbei könnte es sich um einen einstimmig gefassten, schriftlichen Beschluss im Sinne von Art. 26 Abs. 6 STWE-Reglement handeln.¹³ Die einmal erteilte Zustimmung zu einem solchen Beschluss kann, im Unterschied zu einer Vollmacht, nicht einfach widerrufen werden. Die Änderung des Beschlusses bedürfte eines neuen Beschlusses der Stockwerkeigentümergeinschaft oder eines gerichtlichen Vorgehens. Der durch die Beschwerdeführenden vorgenommene

¹¹ Vorakten, p. 19

¹² Auszug Grundstückdaten-Informationssystem GRUDIS vom 2. August 2017; Art. 25 Abs. 2 des Reglements der Stockwerkeigentümergeinschaft, Vorakten, p. 19

¹³ Vorakten, p. 19

Widerruf der Vollmacht dürfte daran daher nichts ändern, dass die einstimmige Zustimmung der Stockwerkeigentümergeinschaft zum Umbau- und Umnutzungsvorhaben der Beschwerdegegnerin vorliegt. Dies braucht allerdings nicht abschliessend beantwortet zu werden. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die zivilrechtliche Zulässigkeit nicht völlig ungewiss ist. Daran vermögen die Einwände der Beschwerdeführenden nichts zu verändern. Daraus folgt vielmehr, dass die fremdrechtlichen Verhältnisse lediglich unklar sind.

f) Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nach einer vorfrageweisen Prüfung zum Schluss kam, dem Vorhaben stünden keine zivilrechtlichen Hindernisse entgegen und auf das Baugesuch eintrat. Selbst wenn die Vorinstanz gestützt auf Art. 10 Abs. 2 BewD jedoch zu Unrecht auf das Baugesuch eingetreten wäre, würde dies im Beschwerdeverfahren im Übrigen 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 auch mit dem Beschleunigungsgebot (Art. 29 BV¹⁴) unvereinbar sein, wenn die BVE im vorliegenden Fall alleine wegen der Verletzung einer Ordnungsvorschrift den angefochtenen Entscheid bzw. das ganze Baubewilligungsverfahren aufheben würde.¹⁵

3. Profilierung

a) Die Beschwerdeführenden rügen, die Profilierung sei mangelhaft erfolgt. Die nördliche Aufstockung des vierten Obergeschosses mit neu zu erstellenden vier Wohnungen sei nicht profiliert worden. Die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Erleichterung der Profilierungspflicht gemäss Art. 16 BewD gewährt.

b) Die Gesuchstellenden haben mit der Baueingabe die äusseren Umrisse des Bauvorhabens im Gelände abzustecken und durch Profile kenntlich zu machen (Art. 16 Abs. 1 BewD). Die in Art. 16 BewD enthaltenen Vorschriften zur Profilierung bilden nicht

¹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

¹⁵ Vgl. auch BDE vom 12. Juni 2015, RA-Nr. 110/2015/56

Selbstzweck, sondern sollen das Bauvorhaben veranschaulichen, interessierte Personen auf das Projekt aufmerksam machen und Einspracheberechtigte vor einem Rechtsverlust bewahren.¹⁶ Aus der Profilierung müssen die für das Erscheinungsbild wesentlichen Abmessungen im Gelände, nicht aber sämtliche Einzelheiten der geplanten Bauteile ersichtlich sein. Für letzteres ist allenfalls eine Einsichtnahme in die Akten nötig. Wer durch eine mangelhafte Profilierung keinen Nachteil erlitten hat, kann sich nicht nachträglich für sich selbst oder andere wehren.¹⁷

c) Es kann offen gelassen werden, ob das Bauvorhaben genügend profiliert bzw. ob die Vorinstanz zu Recht eine Erleichterung der Profilierungspflicht gemäss Art. 16 BewD gewährte. Wie die jeweils fristgemässen Eingaben der Beschwerdeführenden zeigen, wurden sie über das Bauvorhaben rechtzeitig und ausreichend informiert. Sie waren in der Lage, die Auswirkungen des Bauvorhabens abzuschätzen und rechtzeitig und umfassend Einsprache zu erheben bzw. Beschwerde zu führen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführenden durch die gerügte Profilierung ein ungenügendes Bild vom Bauvorhaben erhalten haben sollen. Dies gilt umso mehr, als die Stockwerkeigentümerschaft inklusive die Beschwerdeführenden unbestrittenermassen an einer Zusammenkunft vom 18. November 2016 über das Vorhaben informiert wurden. Die Beschwerdeführenden führen selbst aus, die Baugesuchstellerin habe den Miteigentümern die Baupläne vorgestellt. Es war den Beschwerdeführenden ohne weiteres möglich, ihre Rechte sowohl im Einsprache- als auch im Beschwerdeverfahren vollumfänglich zu wahren, was sie auch getan haben. Der Einwand der fehlenden Profilierung ist daher unbegründet.

4. Spielplatzfläche und grössere Spielflächen

a) Die Vorinstanz hat auf Gesuch der Beschwerdegegnerin hin eine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung der Kinderspielplatzfläche gewährt mit der Begründung, es würden schwierige Grundstücksverhältnisse vorliegen. Die Vorinstanz erwog, aufgrund der bestehenden Verkehrssituation und der Lage des Gebäudes im Kernbereich sei es nicht möglich, die gesetzlich vorgesehene Spielplatzfläche einzuhalten.

¹⁶ VGE 2010/301 vom 19.10.2010 E. 6.2

¹⁷ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 34 N. 20

Einer Ausnahme stünden zudem weder überwiegende öffentliche noch wesentliche nachbarliche Interessen entgegen.

Die Beschwerdeführenden räumen zwar ein, die Grundstücksverhältnisse seien möglicherweise in der Hinsicht schwierig, dass die vom Gesetz verlangte Mindestfläche nicht erreicht werden könne. Sie bringen aber vor, es bestehe ohne weiteres die Möglichkeit, einen Teil der Umgebung, welcher als Parkier- und Fahrfläche genutzt werde, in einen Aufenthaltsbereich mit Aussenspielflächen für Kinder umzugestalten. Dies erscheine insbesondere im südlichen Bereich des Grundstücks möglich unter Aufhebung der dortigen Parkplätze Nrn. 18 bis 28.

b) Laut Art. 15 BauG hat der Bauherr beim Bau von Mehrfamilienhäusern u.a. im Freien Aufenthaltsbereiche für die Bewohner, insbesondere Kinderspielflächen, zu erstellen. In Wohnsiedlungen, die aufgrund eines einheitlichen Projekts oder einer Überbauungsordnung erstellt werden, ist zudem eine angemessene grössere Spielfläche vorzusehen. Die BauV enthält die Ausführungsvorschriften zu diesen Grundsätzen: Wohnsiedlungen sind Überbauungen mit Ein-, Zwei- oder Mehrfamilienhäusern, die zusammen mehr als 20 Familienwohnungen enthalten (Art. 43 Abs. 4 BauV). Als Familienwohnungen gelten Wohnungen mit wenigstens 3 Zimmern (Art. 43 Abs. 3 BauV). Art. 45 BauV verlangt als Mindestfläche für Kinderspielflächen wenigstens 15 % der Hauptnutz- und Konstruktionsfläche der Familienwohnungen (Abs. 1) und für Aufenthaltsbereiche zusätzlich 5 % der Hauptnutz- und Konstruktionsfläche aller Wohnungen, mindestens aber 20 m² (Abs. 2). Die Fläche von mindestens 2 m breiten Terrassen, Balkonen und dergleichen kann zur Hälfte an den erforderlichen Aufenthaltsbereich angerechnet werden (Abs. 4). An die Mindestfläche von 20 m² pro Mehrfamilienhaus können Terrassen- und Balkonflächen nicht angerechnet werden.¹⁸ Die grössere Spielfläche schliesslich soll Jugendlichen und Erwachsenen für Ball- und Rasenspiele zur Verfügung stehen (Art. 46 Abs. 1 BauV). Sie soll möglichst eben sein und eine gut proportionierte, zusammenhängende Mindestfläche von 400 m² bei 20 und mehr Familienwohnungen, von 500 m² bei 30 und mehr Familienwohnungen und von 600 m² bei 40 und mehr Familienwohnungen aufweisen (Art. 46 Abs. 2 BauV).

¹⁸ Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 15 N 3a

c) Das fertig umgebaute Wohn- und Geschäftscenter H._____ soll 39 Wohnungen umfassen. 36 dieser Wohnungen weisen 3.5 Zimmer oder mehr auf und sind demnach als Familienwohnungen zu qualifizieren. Von diesen 36 Familienwohnungen werden 32 neu gebaut. Beim umgebauten Wohn- und Geschäftshaus H._____ handelt es sich demnach um eine Wohnsiedlung.¹⁹ Neben Aufenthalts- und Spielplatzfläche ist deshalb, wie ausgeführt, zusätzlich eine Mindest-Spielfläche von 500 m² vorzusehen. Diese Spielfläche ist vorliegend nicht geplant, die Baugesuchsakten enthalten keine diesbezüglichen Angaben. Anders verhält es sich mit der Aufenthalts- und Spielplatzfläche. Hierzu reichte die Beschwerdegegnerin Berechnungen ein.²⁰ Gemäss diesen nachvollziehbaren Berechnungen erfordert das Bauvorhaben gesetzlich eine Aufenthaltsfläche von 296.00 m² und eine Spielplatzfläche von 835.15 m². Die Aufenthaltsfläche wird gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin vollständig abgedeckt mit der anrechenbaren Balkon- und Terrassenfläche von 746.50 m². Die Beschwerdegegnerin liess dabei allerdings die pro Mehrfamilienhaus vorgeschriebene Aufenthaltsfläche von 20 m², welche nicht mit Terrassen- und Balkonfläche abgedeckt werden kann, unberücksichtigt. Soweit ersichtlich, sind diese 20 m² nicht eingeplant. Damit erfüllt das Bauprojekt die Anforderungen an die Aufenthaltsfläche nicht vollumfänglich. Für Spielplätze errechnete die Beschwerdegegnerin eine theoretisch vorgeschriebene Fläche von rund 835.15 m². In diesen Berechnungen und dem Baugesuchsformular 1.0 gibt sie an, es würde eine Fläche von 223.41 m² erstellt. Aus den Baugesuchsplänen ist allerdings nicht ersichtlich, wo diese Spielplatzfläche erstellt werden soll. Gemäss unwidersprochen gebliebenen Erwägungen der Vorinstanz beziehen sich diese 223.41 m² auf fünf kleinere Grünflächen an der nördlichen und östlichen Parzellengrenze. Den eingereichten Plänen kann nicht entnommen werden, dass diese zerstückelten Grünflächen tatsächlich mit Spielplätzen überbaut werden sollen. Dazu wären sie auch nicht geeignet, da sie zu klein sind und direkt an der Strasse liegen. Eine tatsächliche Spielplatzerrichtung an diesen Stellen wird von der Beschwerdegegnerin denn auch nicht behauptet. Trotz ausgewiesener Spielplatzfläche sind auf dem Grundstück also keine Spielplätze vorgesehen.

Das Bauprojekt erfüllt zusammengefasst die gesetzlichen Bestimmungen zu den Aufenthaltsflächen, Spielplätzen und den grösseren Spielflächen nicht, wobei auf Spielplätze und die grössere Spielfläche sogar komplett verzichtet wird.

¹⁹ Vgl. zum Begriff der Wohnsiedlung auch BVR 1989 S. 344 E. 5.a

²⁰ Vorakten, pag. 49

d) Die Baubewilligungsbehörde kann die Mindestfläche für Kinderspielplätze und Aufenthaltsbereiche nach Art. 45 Abs. 3 BauV herabsetzen. Dasselbe gilt gemäss Art. 46 Abs. 2 BauV, welcher auf Art. 45 Abs. 3 BauV verweist, auch für die grössere Spielfläche. Dabei handelt es sich nicht um Ausnahmebestimmungen im Sinne von Art. 26 BauG (echte Ausnahme), sondern um sog. Ermächtigungsklauseln bzw. unechte Ausnahmen.²¹ Weil Art. 45 Abs. 3 BauV nur eine angemessene Reduktion, nicht aber einen kompletten Verzicht auf die vorgeschriebenen Flächen vorsieht, ist bei einem vollständigen Absehen von Spielplätzen und -flächen formell Art. 26 BauG zu prüfen. Die allgemeinen Voraussetzungen zur Erteilung von Ausnahmegewilligungen gelten grundsätzlich bei der echten und bei der unechten Ausnahme in gleicher Weise.²² Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften können damit bewilligt werden, wenn besondere Verhältnisse es rechtfertigen und wenn keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Für eine Reduktion von Spielplatzflächen bedeutet dies insbesondere, dass schwierige Grundstücksverhältnisse vorliegen oder die ermittelte Fläche aufgrund besonderer Verhältnisse unverhältnismässig sein muss. Kumulativ dazu muss die zweckmässige Gestaltung der Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze gewährleistet bleiben (Art. 45 Abs. 3 BauV). Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben und der entsprechenden Praxis kommt eine Ausnahme von den vorgeschriebenen Mindestflächen nur selten in Frage. Erforderlich sind objektive Besonderheiten, die beispielsweise mit der Lage und Form der Parzelle oder der Beschaffenheit des Baugrundes zusammenhängen. Der blosse Wunsch nach optimaler, gewinnbringender Nutzung des Grundstücks genügt nicht. Denkbar sind allenfalls Um- und Ausbauten in Gebieten hoher Dichte oder Bauten in Quartieren, Orts- und Strassenbildern, deren Strukturen die Erstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Aussenanlagen nicht zulassen.²³

e) Das Baugrundstück weist eine ebene, weitgehend rechteckige Form auf und ist westlich und südlich von der Strassenseite abgewandt. Die Beschaffenheit der Parzelle begründet damit keine Ausnahmesituation zum Unterschreiten der Spielplatzfläche. Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz begründen die Ausnahmesituation denn auch nicht primär mit der Beschaffenheit der Parzelle, sondern mit dem darauf herrschenden Platzmangel.

²¹ Vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 15 N 3b

²² Vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 44 N 44

²³ BDE vom 8. Februar 2011, RA-Nr. 110/2010/171, m.w.H.

Es trifft zu, dass ein Grossteil der Parzellenfläche bereits mit dem Wohn- und Geschäftscenter H._____ überbaut ist und daher auf dem Grundstück die grössere Spielfläche von 500 m² und die Aufenthalts- und Kinderspielplatzfläche von 855.15 m² keinen Platz hätten. Die neben dem Gebäude frei gebliebenen Randstreifen weisen zusammengerechnet eine Fläche von ungefähr 2'050 m² auf. Die Randstreifen auf der nördlichen und östlichen Seite grenzen direkt an die Strasse an und sind damit als Spiel- und Spielplatzfläche ungeeignet. Auf den westlichen und südlichen Streifen befinden sich 28 Parkplätze. Die Streifen werden zudem benützt als Eingangsbereich zum Wohncenter H._____, als Zu- und Wegfahrtweg für Motorfahrzeuge sowie als Ein- und Ausfahrt zur Einstellhalle. Selbst für einen kleinen Spielplatz müsste die Verkehrsführung also neu geregelt und die Anzahl der oberirdischen Parkplätze reduziert werden. Bereits mit der Aufhebung nur weniger Parkplätze würde allerdings die gesetzliche Mindestanzahl der Abstellplätze für Motorfahrzeuge für das geplante Vorhaben unterschritten.²⁴ Die herrschenden Verhältnisse erlauben es demnach nicht, rund 1'355 m² der Randstreifen für Aufenthalts-, Spielplatz- und Spielfläche zu nutzen. Es ist denn auch unbestritten, dass auf der Parzelle enge Platzverhältnisse herrschen. Dies rechtfertigt aber keinen vollständigen Verzicht auf Spielplätze. Es wäre nämlich grundsätzlich möglich, zumindest einen Teil der erforderlichen Kinderspielplatzfläche zu realisieren, beispielsweise im westlichen Bereich der Liegenschaft. Zwar hätte dies zur Folge, dass das geplante Vorhaben in dieser Form nicht realisiert werden könnte bzw. der minimale Parkplatzbedarf dafür unterschritten würde. Die Zonenvorschriften erlauben aber eine vielseitige Parzellennutzung und damit ohne weiteres eine Anpassung des Projekts: Gemäss Art. 211 GBR²⁵ sind in der Mischzone K, in welcher sich das Grundstück befindet, Wohnen, stilles bis mässig störendes Gewerbe, Gastgewerbe, Dienstleistungen und Verkauf zulässig. Die Bauherrschaft als Eigentümerin der massgeblichen Stockwerkeinheiten hat damit beispielsweise die Möglichkeit, mehr Büro- und Dienstleistungsfläche anstatt Ladenfläche vorzusehen und auf diese Weise den Parkplatzbedarf zu reduzieren. Anstelle von Familienwohnungen kann sie zudem kleinere Wohnungen mit weniger als 3.5 Zimmer erstellen. Eine Umnutzung von Geschäfts- in Wohnraum bzw. eine Aufstockung des bestehenden Gebäudes ist damit nicht zum Vornherein ausgeschlossen. Das konkrete Bauprojekt kommt aber einer bestmöglichen Parzellenauslastung gleich und hat deshalb sowohl einen stark erhöhten Parkplatzbedarf als auch einen stark erhöhten Spielflächenbedarf zur Folge. Es besteht jedoch kein Anspruch auf die Erteilung einer

²⁴ Vorakten, pag. 50, 53 ff.

²⁵ Baureglement der Gemeinde Interlaken vom 9. Dezember 2008 (GBR)

Ausnahme, um eine solche optimale Nutzung des Grundstücks zu erreichen. Entscheidet sich die Bauherrschaft sowohl für eine intensive geschäftliche Nutzung als auch für eine gleichzeitige Errichtung einer Wohnsiedlung mit 32 neuen Familienwohnungen, kann sie mit anderen Worten nicht geltend machen, für die Einhaltung der damit einhergehenden, gesetzlichen Bestimmungen fehle der notwendige Platz. Dies gilt umso mehr, als die Spielfläche und Spielplätze nicht nur verkleinert, sondern komplett entfallen sollen. Es liegen keine besonderen, objektiven Umstände vor, welche die vorinstanzlich gewährte Ausnahme für einen vollständigen Verzicht auf Spielflächen bzw. Spielplätze rechtfertigen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.

f) An diesem Ergebnis ändern auch die übrigen Vorbringen der Beschwerdegegnerin nichts. Insbesondere vermag die Beschwerdegegnerin aus dem vorgebrachten Art. 15 Abs. 5 BauG nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Der am 1. April 2017 in Kraft getretene Art. 15 Abs. 5 BauG sieht vor, dass die Bauherrschaft von der Erstellung von Kinderspielplätzen und grösseren Spielflächen befreit werden kann, wenn in der Nähe des Baugrundstücks genügende und gut erreichbare Kinderspielplätze vorhanden sind. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dies sei vorliegend der Fall: Innerhalb einer Fusswegdistanz von 15 Minuten würden sich drei Kinderspielplätze und eine öffentlich zugängliche, grosse Grünfläche befinden. Obwohl Art. 15 Abs. 5 BauG zum Zeitpunkt der Baugesuchseinreichung nicht in Kraft gewesen sei, finde die Norm als künftiges, günstigeres Recht dennoch Anwendung.

Ob Art. 15 Abs. 5 BauG im Sinne einer begünstigenden, positiven Vorwirkung vorliegend anwendbar ist, kann offen bleiben, da die Voraussetzungen der Bestimmungen ohnehin nicht erfüllt sind: Art. 15 Abs. 5 BauG sieht eine Befreiung nur dann vor, wenn Kinderspielplätze und grössere Spielflächen in der Nähe des Baugrundstücks liegen und gut erreichbar sind. In den Materialien werden die Kriterien der Nähe zum Baugrundstück sowie der guten Erreichbarkeit zwar nicht näher umschrieben. Vorliegend sind allerdings sämtliche von der Beschwerdegegnerin genannten Spielplätze sowie die grössere Spielfläche erst nach Überquerung mehrerer Strassen erreichbar. Die Fusswegdistanz beträgt jeweils rund 1 km und für zwei der drei Spielplätze führt der Weg über die Aare. Damit können die vorgebrachten Spielplätze und -flächen weder als in der Nähe des Baugrundstücks noch als gut erreichbar gelten. Eine Befreiung gestützt auf Art. 15 Abs. 5 BauG ist so oder anders abzulehnen.

g) Die Bauherrschaft hat in einem ersten Projekt 16 neue Wohnungen geplant und hierfür eine Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten der Spielfläche erhalten. Dieses erste Projekt zeigt zunächst, dass der Bauherrschaft eine andere Planung möglich ist. Diese in Rechtskraft erwachsene Baugewilligung inklusive der gewährten Ausnahmen ist allerdings nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Sie ist damit im Rahmen dieses Verfahrens nicht zu überprüfen, kann aber auch nicht als Anspruchsgrundlage für das nunmehr zu beurteilende Vorhaben mit 19 zusätzlichen Wohnungen herangezogen werden. Der Beweisantrag der Beschwerdegegnerin, die Baugewilligungsakten Nr. 581/15.106 beizuziehen, ist deshalb abzuweisen.

5. Sistierung

a) Die Beschwerdeführenden verlangten in ihrer Beschwerde eventualiter die Sistierung des Verfahrens, bis ein rechtskräftiger Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft zum umstrittenen Bauvorhaben vorliege. Mit Eingabe vom 17. August 2017 stellten die Beschwerdeführenden zudem ein separates Sistierungsgesuch. Zur Begründung dieses zusätzlichen Sistierungsgesuchs vom 17. August 2017 weisen sie darauf hin, die Bauherrschaft sei im Juni 2017 mit einem nochmals geänderten Bauvorhaben an die Stockwerkeigentümergeinschaft herantreten. Die Stockwerkeigentümergeinschaft habe dieses Vorhaben entgegen den Stimmen der Beschwerdeführenden genehmigt. Zur Frage der Gültigkeit dieses Beschlusses der Stockwerkeigentümergeinschaft finde am 7. September 2017 eine Schlichtungsverhandlung statt. Das Verfahren vor der BVE sei deshalb zu sistieren, bis die Schlichtungsverhandlung durchgeführt worden sei.

Die Beschwerdegegnerin lehnt eine Sistierung ab mit der Begründung, Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vor der BVE sei der Gesamtbauentscheid der Einwohnergemeinde Interlaken vom 28. März. 2017 und nicht das im Juni 2017 vorgestellte Bauvorhaben. Für dieses abgeänderte Bauvorhaben habe sie noch gar kein Baugesuch bzw. Projektänderungsgesuch eingereicht. Das neue Bauvorhaben bzw. die Frage der Gültigkeit des diesbezüglichen Stockwerkeigentümergeinschaftsbeschlusses könnten somit keinen Einfluss haben auf die Beurteilung des vorliegenden Falles.

b) Das Verfahren kann eingestellt werden, wenn dessen Ausgang vom Entscheid eines anderen Verfahrens abhängt oder wesentlich beeinflusst wird oder wenn im anderen

Verfahren über die gleiche Rechtsfrage zu befinden ist (Art. 38 VRPG²⁶). Praxisgemäss kann ein Verfahren auch aus anderen Gründen sistiert werden, dies bedarf aber der Zustimmung der Beteiligten.²⁷ Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Der umstrittene Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft bezieht sich auf ein Vorhaben, welches nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Entsprechend vermag der Ausgang der Schlichtungsverhandlung am Ergebnis des Beschwerdeentscheids der BVE nichts zu ändern. Die Beschwerdegegnerin sprach sich in ihrer Stellungnahme vom 21. August 2017 zudem gegen eine Sistierung aus und erteilte ihre Zustimmung nicht. Das Sistierungsgesuch vom 17. August 2017 ist somit abzuweisen.

Angesichts des Ausgangs des Verfahrens und der Ausführungen in der Erwägung 2 erübrigt sich zudem die Prüfung der von den Beschwerdeführenden in der Beschwerde vom 1. Mai 2017 eventualiter verlangten Sistierung des Beschwerdeverfahrens, bis ein rechtskräftiger Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft zum vorliegend umstrittenen Bauvorhaben vorliegt.

6. Zusammenfassung und Kosten

a) Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen und die Gesamtbaubewilligung vom 28. März 2017 aufzuheben ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerin. Sie hat somit die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VRPG). Eine Kostenausscheidung aufgrund des abgelehnten Sistierungsantrags rechtfertigt sich angesichts des damit verbundenen, geringen Aufwands nicht. Die gesamten Verfahrenskosten werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Die Verfahrenskosten werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 GebV²⁸)

b) Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung

²⁶ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

²⁷ Vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, Art. 38 N 6

²⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

oder Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden hat keine Kostennote eingereicht. Damit sind die Parteikosten nach Ermessen festzusetzen. Nach Art. 11 Abs. 1 PKV²⁹ beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren Fr. 400.– bis Fr. 11'800.– 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 KAG³⁰). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als eher unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel und kein Beweisverfahren durchgeführt wurden. Bei gemäss Baugesuch überdurchschnittlichen Baukosten von rund Fr. 19'472'000.– und den umstrittenen Rechtsfragen sind die Bedeutung der Streitsache als überdurchschnittlich und die Schwierigkeit des Prozesses insgesamt als eher unterdurchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von Fr. 4'900.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden somit Parteikosten in der Höhe von Fr. 4'900.– zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Das Sistierungsgesuch vom 17. August 2017 wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Bauentscheid der Gemeinde Interlaken vom 28. März 2017 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 13./15. Dezember 2016 wird der Bauabschlag erteilt.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

²⁹ Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811)

³⁰ Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11)

Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 8'672.50 werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

4. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden Parteikosten im Betrag von Fr. 4'900.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher D._____, eingeschrieben
- Herrn Rechtsanwalt F._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Interlaken, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin