

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 110/2019/96

Bern, 18. November 2019

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführer 1

B. _____
Beschwerdeführerin 2

C. _____
Beschwerdeführer 3

D. _____
Beschwerdeführer 4



E. _____
Beschwerdeführer 5

F. _____
Beschwerdeführerin 6

G. _____
Beschwerdeführer 7

alle vertreten durch H. _____

und

I. _____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch J. _____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ittigen, Gemeindeverwaltung, Rain 7,
Postfach 226, 3063 Ittigen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ittigen vom 7. Mai 2019 (Baugesuch Nr. 2016/70; Mehrfamilienhaus mit 5 Wohneinheiten und einer Unterniveaugarage)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 12. Oktober 2016 bei der Gemeinde Ittigen ein Baugesuch ein für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit 5 Wohneinheiten (zwei Dreizimmer- und drei Vierzimmerwohnungen) und einer Unterniveaugarage auf Parzelle Ittigen Grundbuchblatt Nr. K._____. Die Parzelle liegt in der Wohnzone 2. Durch eine Nutzungsübertragung erhöhte die Beschwerdegegnerin die mögliche Ausnützung von 440.5 m² (AZ 0.5) auf 830 m² (AZ 0.94).¹ Aufgrund der bestehenden Hanglage erfordert das Bauvorhaben grössere Abgrabungen. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderen die Beschwerdeführenden Einsprache. Die Fachberatung der Einwohnergemeinde Ittigen äusserte sich in ihrem Bericht vom 7. Dezember 2016 kritisch zum Projekt. Am 20. Februar 2017 fand eine Einigungsverhandlung statt, an welcher keine Einigung erzielt werden konnte. Die Beschwerdegegnerin reichte am 10. März 2017 eine geringfügige Projektänderung bezüglich der Vorplatzsituation ein. Nachdem die Gemeinde einen Bauabschlag in Aussicht gestellt hatte, beantragte die Beschwerdegegnerin die Sistierung des Verfahrens und reichte am 8. Juni 2018 eine umfassendere Projektänderung (Vergrösserung Vorgartenbereich, Reduzierung Gebäudehöhe, Verkürzung Attikageschoss, Anpassung Fassadengestaltung) ein. Gegen das Bauvorhaben gemäss Projektänderung erhoben unter anderen die Beschwerdeführenden erneut Einsprache. Die Fachbehörde stellte in ihrer Stellungnahme vom 17. August 2018 zur Projektänderung fest, die Projektverfasser seien auf die Hauptkritikpunkte eingegangen. Der "Fussabdruck" des Gebäudes sei jedoch immer noch zu hoch, die Nutzungsübertragung führe zu einer städtebaulich nicht verträglichen Übernutzung des Gebäudes und tiefe Gräben verhinderten eine harmonische Anpassung des Gebäudes an den natürlichen Terrainverlauf.² Auf Ersuchen der Gemeinde reichte die Beschwerdegegnerin verbesserte Gesuchsunterlagen nach.³

Mit Gesamtentscheid vom 7. Mai 2019 erteilte die Gemeinde Ittigen die Baubewilligung.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden am 12. Juni 2019 Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Sie beantragen die

¹ Pag. 14 Vorakten Projektänderung

² Pag. 35 f. Vorakten Projektänderung

³ Pag. 70 ff. Vorakten Projektänderung

Aufhebung des Gesamtentscheids vom 7. Mai 2019 und die Erteilung des Bauabschlags. Sie machen insbesondere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, der Ästhetikvorschriften und der Vorschriften betreffend Aufenthaltsbereich und Kinderspielplätze geltend. Zudem habe die Gemeinde zu Unrecht eine Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Strassenabstandes erteilt.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet⁴, holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen

Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG⁵. 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 BauG⁶ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig. 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. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Einsprache abgewiesen wurde, sind durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

⁴ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (Organisationsverordnung BVE, OrV BVE; BSG 152.221.191)

⁵ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

⁶ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0)

2. Begründungspflicht

a) Die Beschwerdeführenden rügen, die Gemeinde habe die Begründungspflicht verletzt, da sie einzig ausgeführt habe, sie gewichte das öffentliche Interesse an einer inneren Verdichtung höher als die Einschätzung der Fachberatung, welche das Bauvorhaben als nicht bewilligungsfähig einstufte.

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG⁷). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen die Verfügung sachgerecht anfechten können. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde muss jedoch nicht auf jedes Argument der Parteien eingehen; es genügt, wenn sie sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat.⁸

c) Die Gemeinde zitiert im angefochtenen Entscheid die Ausführungen der Fachberater. Sie hält fest, die baupolizeilichen Masse würden – bis auf eine Abweichung vom Strassenabstand – eingehalten. In Abwägung der Interessen kommt sie zum Schluss, das gesteigerte öffentliche Interesse an einer inneren Verdichtung sei vorliegend höher zu gewichten als die Stellungnahme der Fachberater. Damit hat die Gemeinde ihren Standpunkt hinreichend klar gemacht. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Ob ihre Begründung stichhaltig ist, ist damit nicht gesagt und muss angesichts des Ausgangs des Verfahrens vorliegend auch nicht entschieden werden. Im Übrigen hat die Gemeinde in ihrer Stellungnahme vom 16. Juli 2019 weitergehende Ausführungen zur ihrem Standpunkt in Bezug auf die Ästhetik gemacht. Die Beschwerdeführenden haben in ihrer Eingabe vom 25. September 2019 dazu Stellung genommen. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre damit vor der BVE, welche über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz verfügt, geheilt worden.⁹

⁷ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁸ BVR 2013 S. 443 E. 3.1.1; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 5

⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 52 N. 11

3. Aufenthaltsbereiche und Fläche für Kinderspielplätze

a) Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung der Vorschriften betreffend Aufenthaltsbereich und Kinderspielplätze.

b) Beim Bau von Mehrfamilienhäusern sind im Freien Aufenthaltsbereiche für die Bewohnerinnen und Bewohner, insbesondere Kinderspielplätze, zu schaffen (Art. 15 Abs. 1 BauG). Als Aufenthaltsbereiche gelten wenigstens mit einfachen Mitteln zum Verweilen im Freien eingerichtete Teile eines Gebäudegrundstücks. Kinderspielplätze sind für Kleinkinder und schulpflichtige Kinder eingerichtete Spielflächen (Art. 43 Abs. 1 und 2 BauV). Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze sind ihrem Zweck entsprechend einzurichten. Zur Ausgestaltung der Kinderspielplätze hat das Raumplanungsamt des Kantons Bern, heute das Amt für Gemeinden und Raumordnung, AGR, im Juni 1992 die Arbeitshilfe für die Ortsplanung (AHOP) Nr. 92.2 "Empfehlungen für die Projektierung und Gestaltung von benutzerfreundlichen Aussenräumen von Wohnüberbauungen" herausgegeben.¹⁰ Diese AHOP gilt im Grundsatz weiterhin, bis die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion im Sinne von Art. 44 Abs. 4 BauV neue Empfehlungen formuliert.¹¹ Deren Massgeblichkeit wird auch vom Verwaltungsgericht anerkannt.¹² Ein Spielplatz soll, damit er den Bedürfnissen nach Bewegung und spielerischer Betätigung gerecht wird, einen gewissen Freiraum und eine attraktive Spielumgebung bieten. In Ziffer 3.4 „Dimensionierung/Berechnung“ wird ausgeführt, dass Spiel- und Aufenthaltsbereiche in der Regel eine minimale nutzbare Breite von 5 Meter aufweisen müssen. Schmalere Bereiche können aus funktionellen Gründen in der Regel nicht angerechnet werden. Gegenüber Hauptfassaden von Wohnbauten kann in der Regel ein Streifen von 3 Metern nicht angerechnet werden, da dieser Streifen zur Wahrung der Privatsphäre unerlässlich ist. Dieser Abstand kann in speziellen Fällen angemessen reduziert oder erhöht werden, letzteres beispielsweise bei privaten Gartensitzplätzen. Die Anrechenbarkeit und Nutzbarkeit von Böschungen ist von Fall zu Fall zu prüfen.

¹⁰ Abrufbar unter www.dij.be.ch, Rubriken Raumplanung / Arbeitshilfen (AHOP) / Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze

¹¹ Vgl. AGR, Merkblatt Aufenthaltsbereiche, Spielplätze und grössere Spielflächen vom 20. September 2017, Ziffer 6, abrufbar unter www.dij.be.ch, Rubriken Raumplanung / Arbeitshilfen (AHOP) / Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze

¹² VGE 2011.256 vom 02.05.2012, E. 4.3.2; VGE 2018.300/301 vom 11.07.2019, E. 6.1

Die Fläche der Kinderspielplätze hat wenigstens 15 Prozent der Hauptnutz- und Konstruktionsflächen der Familienwohnungen zu entsprechen (Art. 45 Abs. 1 BauV). Für Aufenthaltsbereiche sind 5 Prozent der Hauptnutz- und Konstruktionsflächen aller Wohnungen vorzusehen, beziehungsweise zur Fläche gemäss Absatz 1 hinzuzurechnen. Die Fläche mindestens 2 Meter breiter Terrassen, Balkone und dergleichen kann zur Hälfte an den erforderlichen Aufenthaltsbereich angerechnet werden; pro Mehrfamilienhaus sind aber mindestens 20 m² Aufenthaltsfläche einzurichten (Art. 45 Abs. 2 und Abs. 4 BauV).

c) Das geplante Mehrfamilienhaus umfasst fünf Wohneinheiten, die alle drei oder mehr Zimmer aufweisen und damit alle als Familienwohnungen gelten (Art. 43 Abs. 3 BauV). Die Beschwerdegegnerin geht bei ihren Berechnungen von einer Bruttogeschossfläche bzw. Hauptnutz- und Konstruktionsfläche von insgesamt 769.2 m² aus.¹³ Ob sie diese korrekt berechnet hat, kann aufgrund des Ergebnisses offen bleiben. Die Kinderspielplatzfläche muss mindestens 115.4 m² betragen (15 Prozent der gesamten Hauptnutz- und Konstruktionsfläche). Zusätzlich müsste grundsätzlich ein Aufenthaltsbereich von mindestens rund 38.5 m² (5 Prozent) zur Verfügung stehen. Die Beschwerdegegnerin weist die Terrassen bzw. Balkone im Erdgeschoss (127 m²), die Balkone der Südfassade des Obergeschosses (45.8 m²) sowie die Terrasse im Süden und Westen des Attikageschosses (137.7 m²) als Aufenthaltsbereich aus.¹⁴ Da die Hälfte der mindestens 2 Meter breiten Balkon- und Terrassenflächen angerechnet werden können, müsste im vorliegenden Fall nur eine Mindestfläche von 20 m² erstellt werden. Dies ergibt eine minimale Gesamtfläche für Aufenthaltsbereich und Kinderspielplatz von 135.4 m².

Die Beschwerdegegnerin plant gemäss Aussenraumgestaltungsplan im Norden des projektierten Neubaus eine Spielzone und daran anschliessend an der West- und Ostseite des Gebäudes eine Rasenfläche/Ruhezone. Insgesamt betragen diese Flächen laut Aussenraumgestaltungsplan total 117.2 m². Zusammen mit der Mindestfläche von 20 m² für den Aufenthaltsbereich sollte die ausgewiesene Fläche total 135.4 m² betragen. Die Beschwerdegegnerin weist insgesamt zu wenig Fläche aus.¹⁵ Die ausgewiesenen Flächen werden zudem einerseits durch die Gebäudefassade und andererseits durch eine Hecke bzw. eine befestigte und bepflanzte Böschung eingegrenzt. Die maximale Breite der Spielfläche beträgt gemessen ab Plan 4 m, an vielen Stellen weniger als 3 m,

¹³ Pag. 12 Vorakten Projektänderung

¹⁴ Pag. 12 Vorakten Projektänderung

¹⁵ VGE 2011.256 vom 02.05.2012, E. 4.1

insbesondere da ein Treppenaufgang entlang der Fassade Platz wegnimmt. Die Rasenflächen/Ruhezonen haben eine Breite von rund 2.6 m bzw. 2.8 m. Diese schmalen Flächen entsprechen den Vorgaben der AHOP nicht, welche grundsätzlich eine Breite von 5 m fordert. Sie sind daher nicht anrechenbar.¹⁶ Zudem befinden sich sowohl die geplanten Rasenflächen/Ruhezonen wie auch die Spielfläche direkt vor den Hauptfassaden, so dass auch der von der AHOP geforderte Mindestabstand von 3 m zu den Hauptfassaden nicht eingehalten wird. Die Gemeinde macht geltend, die Privatsphäre bleibe gewahrt, da die Wohn- und Aufenthaltsbereiche der Wohnungen mit den Balkonen nach Süden orientiert und klar von den Spielflächen getrennt seien. Da Kinder die Spielplätze und Aufenthaltsbereiche mehrheitlich am Vormittag oder Nachmittag in Anspruch nehmen würden, und die Bewohner sich dann in den Wohn- und Essräumen, im Sommer auf den Balkonen aufhalten, werde die Privatsphäre der Wohnungen im Erdgeschoss gewahrt. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen, da die für Erwachsene bestimmten Aufenthaltsbereiche auch abends benützt werden und die vorliegend ausgewiesenen Flächen an die Schlafzimmer des Erdgeschosses grenzen, bei denen ebenfalls ein Bedarf nach Privatsphäre besteht.¹⁷ Die Bereiche an der West- und Ostseite des Gebäudes werden zudem gemäss Aussenraumgestaltungsplan als Rasenfläche/Ruhezone bezeichnet, womit die Beschwerdegegnerin selbst die notwendige Wahrung der Privatsphäre verdeutlicht. Gründe für eine Reduktion des von der AHOP verlangten Abstandes von 3 m sind daher nicht ersichtlich. Das vorliegende Bauvorhaben weist damit keine anrechenbare Fläche für einen Kinderspielplatz und keine separate Aufenthaltsfläche von 20 m² nach.

d) Gemäss Art. 45 Abs. 3 BauV kann die Baubewilligungsbehörde – sofern die zweckmässige Gestaltung der Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze gewährleistet bleibt – die erforderliche Mindestfläche angemessen herabsetzen, wenn schwierige Grundstücksverhältnisse vorliegen oder die gemäss Abs. 1 und 2 ermittelte Fläche aufgrund besonderer Umstände unverhältnismässig wäre. Diese Bestimmung räumt der Baubewilligungsbehörde die Befugnis ein, die erforderliche Fläche zu reduzieren, ohne dass formell eine Ausnahmegewilligung erteilt werden müsste. Die Bestimmung setzt aber ähnlich wie Art. 26 BauG (Ausnahmen) objektive Besonderheiten wie Lage und Form der Parzelle voraus. Finanzielle Gründe allein genügen regelmässig nicht. Gemäss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dürfte es in der Regel schwierig sein, eine

¹⁶ VGE 2018.300/301 vom 11.07.2019, E. 6.1

¹⁷ Vgl. dazu auch VGE 2011.256 vom 02.05.2012, E. 4.3.3

entsprechende Reduktion zu erwirken, zumal Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze nicht an eine Form gebunden sind und eine Aufteilung in mehrere Bereiche zulässig ist. Das Herabsetzen der erforderlichen Mindestflächen oder gar der Verzicht darf nicht stillschweigend erfolgen, sondern muss im Baubewilligungsverfahren hinreichend nachvollziehbar begründet werden.¹⁸

Die Beschwerdegegnerin begründet nicht, wieso auf die erforderlichen Mindestflächen verzichtet werden sollte. Zwar befindet sich das Baugrundstück am Hang. Im Übrigen weist die Parzelle keine objektiven Besonderheiten auf. Dass die Beschwerdegegnerin das Grundstück weitgehend überbauen möchte, stellt keinen hinreichenden Grund dar. Eine Herabsetzung der erforderlichen Mindestfläche gemäss Art. 45 Abs. 3 BauV rechtfertigt sich daher nicht.

e) Da zudem weder geltend gemacht wird noch ersichtlich ist, dass in der Nähe des Baugrundstücks genügende und gut erreichbare Kinderspielplätze vorhanden sind, kommt auch eine Befreiung gestützt auf Art. 15 Abs. 5 BauG nicht in Frage.¹⁹ Zudem würde eine solche den separaten Aufenthaltsbereich nicht umfassen.²⁰

f) Die Beschwerde wird daher gutgeheissen und die Gesamtbewilligung muss aufgehoben werden. Die übrigen Rügen sind daher nicht mehr zu prüfen und der Antrag auf einen Augenschein wird abgewiesen.

4. Verfahrenskosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'600.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²¹).

¹⁸ VGE 2018.300/301 vom 11.07.2019, E. 7.2 m.w.H.

¹⁹ Beilage 1 zur Stellungnahme der Gemeinde vom 16. Juli 2019 sowie pag. 176 und 202 Vorakten Baugesuch

²⁰ Vgl. AGR, Merkblatt Aufenthaltsbereiche, Spielplätze und grössere Spielflächen vom 20. September 2017, Ziffer 5, abrufbar unter www.jgk.be.ch, Rubriken Raumplanung / Arbeitshilfen (AHOP) / Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze

²¹ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

Die Kosten des Bewilligungsverfahrens bleiben der Beschwerdegegnerin als Baugesuchstellerin auferlegt (Art. 52 Abs. 1 BewD²²). Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

b) Die Beschwerdegegnerin hat zudem den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegnerin hat somit den Beschwerdeführenden die Parteikosten von Fr. 4'853.25 zu ersetzen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Ittigen vom 7. Mai 2019 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 12. Oktober 2016 mit Projektänderung vom 8. Juni 2018 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 14'219.80 werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde zuständig.

3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 4'853.25 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- H. _____, eingeschrieben

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

- J._____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Ittigen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus

Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Beilage: Kopie des Situationsplanes vom 29. Januar 2018