



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 110/2020/152

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 25. Januar 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Frau **C.**_____
Beschwerdeführerin 1

Herrn **D.**_____
Beschwerdeführer 2

Frau **E.**_____
Beschwerdeführerin 3

Herrn **F.**_____
Beschwerdeführer 4

alle vertreten durch Herrn Fürsprecher A._____
B._____

und

H._____
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher I._____

sowie

Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Zollikofen, Gemeindeverwaltung,
Wahlackerstrasse 25, Postfach, 3052 Zollikofen

betreffend die Verfügung der Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Zollikofen vom
23. Juli 2020 (Geschäftsnummer 361-2019-0062; MFH mit unterirdischer Autoeinstellhalle)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdegegnerin reichte am 16. Dezember 2019 bei der Gemeinde Zollikofen ein Baugesuch ein für den Abbruch des Wohnhauses inkl. der Stützmauer sowie den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit unterirdischer Autoeinstellhalle auf der Parzelle Zollikofen Grundbuchblatt Nr. K._____. Sie beantragte auch eine Ausnahmegewilligung für das

Unterschreiten des Strassenabstands für den Kehrrichtbereitstellungsplatz und die Treppe wie auch die Flügelmauer.¹ Die Parzelle liegt in der Wohnzone W2 sowie im Gewässerschutzbereich Au. Gegen das Bauvorhaben erhoben unter anderem die Beschwerdeführenden 1 und 2 sowie die Beschwerdeführenden 3 und 4 je separat eine Einsprache. Die Beschwerdeführenden 1 und 2 meldeten zudem Rechtsverwahrung an. Nachdem die Baubewilligungsbehörde der Beschwerdegegnerin das Fehlen der Mindestfläche der Aufenthaltsbereiche angezeigt hat, reichte diese am 21. April 2020 eine Projektänderung (Vergrösserung der allgemeinen Aufenthalts- und Spielfläche mittels Einbezug der Stützmauer als Sitzbank) ein.

Mit Gesamtentscheid vom 23. Juli 2020 erteilte die Gemeinde Zollikofen die Baubewilligung und die Ausnahmegewilligung für das Unterschreiten des Strassenabstands. Die Einsprachen der Beschwerdeführenden beurteilte sie als öffentlich-rechtlich unbegründet. Die Rechtsverwahrung der Beschwerdeführenden 1 und 2 wurde im Entscheiddispositiv angemerkt.

2. Dagegen reichten die Beschwerdeführenden gemeinsam am 21. August 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragen die Aufhebung des Gesamtentscheids vom 23. Juli 2020. Im Eventualpunkt beantragen sie die Rückweisung sowie Neubeurteilung durch die Vorinstanz. Sie machen insbesondere geltend, das Bauvorhaben verletze die kommunale Gestaltungsvorschriften und überschreite mehrere baupolizeiliche Masse, was unter anderem eine Folge der fehlerhaften Feststellung des Terrainverlaufs sei. Ferner rügen sie eine Verletzung der Vorgaben über die Kinderspielplätze und Aufenthaltsflächen sowie die Gefährdung der Verkehrssicherheit durch das Unterschreiten des Strassenabstands. Zudem entspreche die vorgesehene Grundstücksentwässerung nicht den bundesrechtlichen Vorgaben und die Vorinstanz habe es unterlassen, die Abklärungen hinsichtlich des Baugrunds zu verlangen oder zu veranlassen.

3. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet², holte die Vorakten ein und führte den Schriftenwechsel durch. Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 28. September 2020 die Abweisung der Beschwerde. Auch die Gemeinde Zollikofen beantragt in ihrer Stellungnahme vom 22. September 2020 die Beschwerdeabweisung. Die Parteien erhielten Gelegenheit ihre Kostennote einzureichen. Die Beschwerdeführenden reichten am 26. November 2020 zusammen mit der Kostennote noch eine Stellungnahme zu der Beschwerdeantwort ein.

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

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG³. 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 BauG⁴

¹ Vorakten Nr. 55.

² Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

³ Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1).

⁴ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Baubeschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD 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. 2 BauG). Die Beschwerdeführenden, deren Einsprachen abgewiesen wurden, sind durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht.

c) Die Beschwerdegegnerin bezweifelt, dass die Beschwerdeführenden in Bezug auf die Rüge der Kinderspielfläche ein rechtlich geschütztes Interesse hätten und hierzu legitimiert seien.

Die frühere Beschränkung in aArt. 35 Abs. 1 BauG, wonach Einsprecher an jeder Rüge ein eigenes schutzwürdiges Interesse haben mussten, wurde mit der auf den 1. April 2017 in Kraft getretenen BauG-Revision aufgehoben. Diese Bestimmung erwies sich als bundesrechtswidrig. Bereits unter altem Recht genügte es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass den Beschwerdeführenden im Falle ihres Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht, der darin bestehen kann, dass das Bauvorhaben nicht verwirklicht werden kann.⁵

Die Beschwerdeführenden sind somit auch mit der Rüge der Kinderspielfläche zum Verfahren zugelassen. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze

a) Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung der Vorschriften betreffend Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze. Ihrer Ansicht nach fehle es an der erforderlichen Spiel- und Aufenthaltsfläche, da vom ausgewiesenen Streifen mit einer Breite von insgesamt 5.3 m mindestens 3 m nicht angerechnet werden können. Zudem eigne sich dieser Bereich zwischen Fassade und steiler Böschung nicht als Spielfläche, da solche Böschungen gefährlich seien. Und auch die vier Licht- oder Luftschächte sowie die zwei weiteren technischen Anlageteile würden Verletzungsquellen darstellen.

Die Beschwerdegegnerin führt in der Beschwerdeantwort aus, sie habe mit den revidierten Plänen vom 17. April 2020⁶ die nötige Fläche für Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze nachgewiesen. Die ausgewiesene allgemeine Aufenthalts- und Spielfläche von 138.0 m² sei korrekt dargestellt, behindertengerecht zugänglich und von der Form und Ausgestaltung her auch gut zur Spielnutzung geeignet. Es sei keineswegs eine Vorschrift, wonach Flächen unmittelbar entlang der Fassaden in einer Tiefe von 3 m nicht als Spiel- und Aufenthaltsfläche angerechnet werden dürfen. Massgebend sei, ob mit der gewählten Anordnung im Einzelfall die Privatsphäre gewahrt bleibe. Vorliegend befinde sich die Kinderspielfläche und der Aufenthaltsbereich auf der Nordseite des geplanten Neubaus. Diese Nordfassade weise lediglich im Erdgeschoss zwei Badzimmerfenster sowie den Ausgang aus dem Treppenhaus auf und sei keine Hauptfassade. Die restliche Nordfassade sei fensterlos und könne ungehindert für Ballspiele benützt werden. Die Privatsphäre sei nicht tangiert.

⁵ Vgl. BGE 137 II 30 ff. E. 2; BGer 1C_236/2010 vom 16. Juli 2010 E. 1.5; BVR 2011 S. 259 E. 2.3, 2011 S. 498 E. 4.5; Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 35-35c N. 22 f.; Vortrag (gemeinsamer Antrag des Regierungsrates und der Kommission) zur BauG-Änderung vom 9. Juni 2016, S. 19, Ziff. 3.14.2.

⁶ Vorakten Nr. 81, Baueingabe Planunterlage EG/Umgebung vom 29. November 2019 / rev. 16. Dezember 2019 / rev. 17. April 2020.

Auch die Vorinstanz weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, vorliegend handle es sich nicht um eine Hauptfassade und somit müsse kein Streifen von 3 m zur Wahrung der Privatsphäre ausgeschieden werden. Zudem habe die Beschwerdegegnerin vor den Badezimmerfenstern zum Schutz der Privatsphäre und als Trennung zum Spielplatz eine Hecke vorgesehen.

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 BauV⁷). Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze sind ihrem Zweck entsprechend einzurichten.⁸ 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» (nachfolgend: AHOP-Empfehlungen) herausgegeben.⁹ Diese AHOP-Empfehlungen gelten im Grundsatz weiterhin, bis die Direktion für Inneres und Justiz (DIJ) im Sinne von Art. 44 Abs. 4 BauV neue Empfehlungen formuliert.¹⁰ Deren Massgeblichkeit werden auch vom Verwaltungsgericht anerkannt.¹¹

Ein Spielplatz soll, damit er den Bedürfnissen nach Bewegung und spielerischer Betätigung gerecht wird, einen gewissen Freiraum und eine attraktive Spielumgebung (z.B. Sandkasten, Rutschmöglichkeiten, Schaukeln) bieten. Er ist daher so auszulegen, dass mögliche Nutzungskonflikte vermieden oder zumindest minimiert werden und die Privatsphäre der Wohnungen gewahrt bleibt.¹² Aus diesem Grund müssen Spiel- und Aufenthaltsbereiche gemäss Ziffer 3.4 der AHOP-Empfehlungen («Dimensionierung/Berechnung») in der Regel eine minimale nutzbare Breite von 5 m aufweisen. Schmalere Bereiche können aus funktionellen Gründen in der Regel nicht angerechnet werden. Zudem kann gegenüber Hauptfassaden von Wohnbauten in der Regel ein Streifen von 3 m nicht angerechnet werden, da dieser Streifen zur Wahrung der Privatsphäre unerlässlich ist. Dieser Abstand kann in speziellen Fällen angemessen reduziert oder erhöht werden, ersteres beispielsweise bei Hochparterre und letzteres bei privaten Gartensitzplätzen. Hingegen finden sich in den AHOP-Empfehlungen keine Hinweise, wie gross ein Abstand gegenüber Nebenfassaden von Wohnbauten in der Regel sein muss. Ein gänzlicher Verzicht auf einen Abstand rechtfertigt sich nicht. Auch gegenüber Nebenfassaden ist zur Wahrung der Privatsphäre ein Streifen unerlässlich. Zudem bedarf es auch eines Abstands, damit die Spielfläche effektiv gefahrenfrei genutzt werden kann. Die Frage nach der minimalen Breite des Streifens lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände anzugehen wie beispielsweise Anordnung der dahinterliegenden Räumlichkeiten sowie Ausgestaltung der Fassade mit Fenster oder Balkone. Als Richtlinie ist ein Streifen von 1.5 m gegenüber Nebenfassaden von Wohnbauten nicht anrechenbar, was der Hälfte des gegenüber den Hauptfassaden von Wohnbauten nicht anrechenbaren Streifens entspricht.

Die Fläche der Kinderspielplätze hat wenigstens 15 Prozent der Hauptnutz- und Konstruktionsflächen der Familienwohnungen zu entsprechen (Art. 45 Abs. 1 BauV). Für

⁷ Bauverordnung vom 6. März 1985 (BauV; BSG 721.1).

⁸ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 15 N. 3d.

⁹ Abrufbar unter <www.jgk.be.ch>, Rubriken Raumplanung / Arbeitshilfen (AHOP) / Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze.

¹⁰ 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.

¹¹ VGE 2011.256 vom 02.05.2012 E. 4.3.2, 2018.300/301 vom 11.07.2019 E. 6.1.

¹² Vgl. die Hinweise zum Standort unter Ziff. 3.2 AHOP-Empfehlungen sowie die Aufzählungen zu den unterschiedlichen Anforderungen an die Lage.

Aufenthaltsbereiche sind 5 Prozent der Hauptnutz- und Konstruktionsflächen aller Wohnungen vorzusehen, beziehungsweise zur Fläche gemäss Absatz 1 hinzuzurechnen. Die Fläche mindestens 2 m 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 weist eine Bruttogeschossfläche bzw. Hauptnutz- und Konstruktionsfläche von insgesamt 768 m² aus.¹³ Die Kinderspielplatzfläche muss demnach mindestens 115.2 m² betragen (15 Prozent der gesamten Hauptnutz- und Konstruktionsfläche), wobei die Beschwerdegegnerin bei ihrer Berechnung von 115 m² ausgeht.¹⁴ Zusätzlich müsste grundsätzlich ein Aufenthaltsbereich von mindestens 38.4 m² (5 Prozent der gesamten Hauptnutz- und Konstruktionsfläche) zur Verfügung stehen. Die Beschwerdegegnerin weist gemäss Projektplan mindestens 102 m² als Terrasse und Balkone sowie Sitzplätze aus.¹⁵ Da die Hälfte der mindestens 2 m 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 Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze von 135.2 m².

d) Die Beschwerdegegnerin plant gemäss Erdgeschoss- und Umgebungsplan¹⁶ auf der Nordwestseite des Neubaus eine allgemeine Aufenthalts- und Spielfläche von total 138.0 m². Auf der Planunterlage ist mit grün gefärbten Strichpunkten ein Perimeter «Aufenthalts- / Spielbereich» eingezeichnet. Dieser besteht im Wesentlichen aus einem 5.3 m breiten und 27.5 m langen Streifen. Die südöstliche Perimeterseite verläuft unter anderem direkt entlang der Nordwestfassade des Neubaus inklusive des rückwärtigen Treppenausgangs. Einzig im Bereich der zwei Badezimmerfenster der beiden Wohnungen im Erdgeschoss verläuft der Perimeter nicht direkt entlang der Fassade, da dort je zwei Hecken mit jeweils einer Breite von 1.3 m und einer Länge von 3 m (gemessen ab Plan¹⁷) geplant sind und die nicht zur Aufenthalts- und Spielfläche zählen. Die übrigen drei Perimeterseiten werden durch die Stützmauer eingegrenzt, wobei als Abschluss der nordwestlichen Perimeterseite auf der Zwischenebene der ersten und zweiten Stützmauer auf der ganzen Länge von 27.5 m eine Sitzbank mit einer Breite von 0.5 m ausgewiesen wird. Auf der allgemeinen Aufenthalts- und Spielfläche – und somit innerhalb des Perimeters «Aufenthalts- / Spielbereich» – befinden sich zudem vier viereckige sowie zwei halbrunde Luftschächte.

e) Mit Blick auf die vorstehend unter Ziffer 2.b ausgeführten Grundsätze der AHOP-Empfehlungen zur Dimensionierung und Berechnung sind bei der ausgewiesenen Fläche der Spiel- und Aufenthaltsbereiche die nachfolgenden Anpassungen vorzunehmen.

Die ausgewiesene Fläche wird unter anderem einerseits durch die beiden Hecken vor den Badezimmerfenstern und andererseits durch die Stützmauer eingegrenzt, was die Beschwerdeführerin mit der Markierung des Perimeters «Aufenthalts- / Spielbereich» entsprechend ausweist. In diesen Bereichen beträgt die maximale Breite gemäss Plan jeweils 4.0 m; darin eingeschlossen ist die Sitzbank mit einer Breite von 0.5 m. Ebenfalls direkt vor den Hecken liegen zwei Luftschächte, die – wenn überhaupt – als technische Anlagen und wegen

¹³ Vorakten Nr. 71, Berechnung nach Art. 45 BauV.

¹⁴ Vorakten Nr. 71, Berechnung nach Art. 45 BauV.

¹⁵ Vorakten Nr. 71, Berechnung nach Art. 45 BauV.

¹⁶ Vorakten Nr. 81, Baueingabe Planunterlage EG/Umgabung vom 29. November 2019 / rev. 16. Dezember 2019 / rev. 17. April 2020.

¹⁷ In der Planunterlage (vgl. Vorakten Nr. 81) werden die beiden Hecklängen fälschlicherweise mit 2.90 m ausgewiesen.

Verletzungsgefahr nur beschränkt als Spielflächen nutzbar wären. Dieser schmale Bereich entspricht den Vorgaben der AHOP-Empfehlungen nicht, welche grundsätzlich eine Breite von 5 m fordern. Er ist daher nicht anrechenbar, da die Anforderungen an die zweckmässige Gestaltung von Aufenthalts- und Kinderspielfläche nicht genügen.¹⁸ Deshalb ist der Bereich vor den beiden Hecken mit einer Fläche von 24 m² (2 x 3 m x 4.00 m) zu subtrahieren. Die anrechenbare Aufenthalts-/Spielfläche beträgt bloss noch 114 m², statt der minimal notwendigen Gesamtfläche von 135.2 m². Es fehlt somit bereits eine Fläche von rund 21 m².

Zudem ist im Bereich des rückwärtigen Treppenausgangs die nutzbare Fläche nicht bis an die Fassadenwand anrechenbar. Es handelt sich dort um einen Gebäudeausgang zur Aufenthalts- und Spielfläche und kann nicht gleichzeitig derselben zugewiesen werden. Zudem ist das ganze Treppenhaus über drei Stockwerke verglast und entsprechend exponiert.¹⁹ Dieser Bereich direkt an der Glasfassade eignet sich demnach nicht als Aufenthalts- und Spielfläche. Die Beschwerdegegnerin selbst führt in ihrer Beschwerdeantwort aus, die restliche fensterlose Nordfassade könne ungeniert für Ballspiele benützt werden. Der Bereich vor dem Treppenhaus erfüllt diese Voraussetzung gerade nicht, da dort nur Fenster in Form des verglasten Treppenhauses sind. Aus diesen Gründen kann der Aufenthalts- und Spielbereich nicht direkt bis an die Fassadenwand reichen. Auch die Beschwerdegegnerin hat in ihrer ursprünglichen Baueingabe im Bereich vor dem Treppenausgang einen 1.2 m breiten Streifen nicht zur Fläche miteingerechnet.²⁰ Erst nach Eingang der Einsprachen im Baubewilligungsverfahren und gestützt auf die Aufforderung der Vorinstanz zur Verbesserung des Bauprojekts in Bezug auf die Aufenthaltsbereiche²¹ hat die Beschwerdegegnerin den Perimeter «Aufenthalts- / Spielbereich» neu definiert und dabei den Bereich vor dem Treppenausgang bis zur Fassade in die Berechnung aufgenommen. Ob vorliegend ein Streifen von 1.5 m oder lediglich ein Streifen von 1.3 m – und somit der vor dem Treppenausgang bis zum Beginn der Rasenfläche mit Verbundsteinen geplante Bereich – abzuziehen ist, kann offenbleiben. In beiden Fällen ist die geforderte Breite von 5 m nicht gegeben, weshalb die ganze Fläche von 13.78 m² (2.60 m x 5.30 m) die qualitativen Anforderungen an eine Spielfläche nicht erfüllt.

Nebst den Bereichen bei den Hecken sowie dem Treppenausgang sind auch noch die übrigen Flächen unmittelbar an der Nordwestfassade zu beurteilen. Auch hier führt die Aufenthalts- und Spielfläche direkt bis an die Fassade. Soweit die Beschwerdegegnerin ausführt, diese Fassade sei keine Hauptfassade und die fensterlosen Bereiche könnten ungehindert für Ballspiele benützt werden, ist Folgendes festzuhalten: Zwar trifft es zu, dass es sich bei der Nordwestfassade nicht um eine Hauptfassade handelt. Dies rechtfertigt jedoch nicht, dass gar kein Abstand zur Fassade bestehen soll. Auch auf den Nebenfassaden muss ein minimaler Streifen als Fassadenabstand eingeplant werden, damit ein Mindestmass an Privatsphäre geschützt und Sicherheit gewährt ist. Indem die Aufenthalts- und Spielfläche direkt bis an die Fassade reicht, ist ebenfalls mit Lärm zu rechnen und durch den fehlenden Sicherheitsabstand zur Fassade besteht beim Spielen eine erhöhte Verletzungsgefahr. Die von der Beschwerdegegnerin erwähnten Ballspiele gegen die Nordwestfassade sind mit der Privatsphäre nicht tolerierbar. In den beiden Erdgeschosswohnungen wie auch in jenen des Obergeschosses befinden sich auf der Nordseite je das Zimmer 1.²² Bälle gegen die Fassade erzeugen dumpfe Lärmgeräusche, die insbesondere bei einem dahinterliegenden Arbeits- oder Schlafzimmer störend wirken. Hinzu kommt, dass das Attikageschoss auch auf der Nordwestseite über

¹⁸ VGE 2018.300/301 vom 11.07.2019 E. 6.1.

¹⁹ Vorakten Nr. 83, Baueingabe Planunterlage Fassaden vom 29. November 2019 / rev. 16. Dezember 2019.

²⁰ Vorakten Nr. 77, Baueingabe Planunterlage EG/Umgebung vom 29. November 2019 / rev. 16. Dezember 2019.

²¹ Vorakten Nr. 28, Schreiben Gemeinde Zollikofen an Beschwerdegegnerin vom 15. April 2020.

²² Vorakten Nr. 81, Baueingabe Planunterlage EG/Umgebung vom 29. November 2019 / rev. 16. Dezember 2019 / rev. 17. April 2020 sowie Vorakten Nr. 82, Baueingabe Planunterlage OG + Attika + Schnitte vom 29. November 2019 / rev. 16. Dezember 2019 / rev. 17. April 2020.

Wohnräume mit Fenster Richtung Aufenthalts- und Spielfläche verfügt. So gibt es unter anderem bei der Küche ein erhöhtes und langgezogenes Fenster und sowohl beim Zimmer 2 wie auch beim Zimmer Ankleide ist je ein Fenster bis auf den Boden mit einem Glasgeländer davor geplant. Zur Wahrung der Privatsphäre wie auch der Sicherheit ist deshalb ein Mindestabstand von 1.5 m zu berücksichtigen. Da die notwendige Breite von 5 m unterschritten wird, kann die gesamte Fläche von 57.24 m² (2 x 5.4 m x 5.3 m)²³ nicht als Spielfläche angerechnet werden.

Damit reduziert sich die Gesamtfläche um 95.02 m² und verfehlt mit einer Grösse von höchstens 42.98 m² (138.0 m² abzüglich 95.02 m²) das erforderliche Mass von 135.2 m² deutlich.

Im Übrigen fehlt es auch an der Umsetzung der weiteren AHOP-Empfehlungen. Die Beschwerdegegnerin hat die Restfläche auf der Nordwestseite des geplanten Neubaus inkl. der Stützmauer zwar als Spiel- und Aufenthaltsbereich bezeichnet, ohne aber diesen Perimeter ihrem Zweck entsprechend räumlich attraktiv und adressatengerecht (z.B. mit Spielgeräten oder Ausstattungen wie Sandkasten, Schaukel etc.) gestaltet.

f) 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 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.²⁴

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.

g) Da zudem nicht geltend gemacht wird, in der Nähe des Baugrundstücks seien genügend und gut erreichbare Kinderspielplätze vorhanden, kommt auch eine Befreiung gestützt auf Art. 15 Abs. 5 BauG nicht in Frage. Dieser sieht eine Befreiung nur dann vor, wenn Kinderspielplätze und grössere Spielflächen in der Nähe des Baugrundstücks liegen und gut erreichbar sind. Gemäss den Materialien sind die Anforderungen an die „Ersatzspielflächen“ sowohl in quantitativer Hinsicht (Anzahl Flächen, räumliche Nähe, gute Erreichbarkeit und zeitliche Verfügbarkeit) wie auch in qualitativer Hinsicht zu verstehen und im Übrigen durch den Verordnungsgeber zu präzisieren.²⁵ Die Ausführungsbestimmung findet sich in Art. 46a BauV. Zudem hat das AGR im Merkblatt

²³ In der Planunterlage (vgl. Vorakten Nr. 81) werden die beiden Längen entlang der Nordwestfassade ab der nördlichen resp. ab der westlichen Hausecke bis zur jeweiligen Hecke fälschlicherweise mit 5.50 m ausgewiesen. Gemessen ab Plan beträgt die jeweilige Distanz 5.40 m.

²⁴ VGE 2018.300/301 vom 11.07.2019 E. 7.2 m.w.H.

²⁵ Vgl. Vortrag des Regierungsrats an den Grossen Rat vom 2. September 2015 zur Änderung des Baugesetzes und des Dekrets über das Baubewilligungsverfahren, S. 11, Ziff. 3.7.2.

«Aufenthaltsbereiche, Spielplätze und grössere Spielflächen»²⁶ die Voraussetzungen für den Nachweis nach Art. 46a BauV genauer definiert. Das Merkblatt konkretisiert, welches nahe gelegene Angebot an Spielflächen zur Befreiung von der Erstellungspflicht führen kann. Dieses Angebot ist je nach Nutzergruppe unterschiedlich zu beurteilen: Für Kinderspielplätze (d.h. für kleinere Kinder) wird in der Regel eine Distanz von nicht mehr als 200 m als «in der Nähe liegend» erachtet. Zudem muss der nahe gelegene Kinderspielplatz für kleinere Kinder gefahrlos erreicht werden können. Laut Merkblatt AGR darf der Weg folglich keine Querungen verkehrsorientierter Strassen, keine Unterführungen und Sichtbehinderungen (z.B. durch parkierte Autos) beinhalten.

Bereits eine summarische Prüfung ergibt, dass in der Nähe bzw. näheren Umgebung des Baugrundstücks keine genügenden und insbesondere gut erreichbaren Kinderspielplätze ersichtlich sind. Zwar befindet sich in einer Entfernung von 175 m Luftlinie resp. einem Fussweg von 190 m an der Ecke P. _____ weg/Q. _____ strasse ein grösserer Spielplatz.²⁷ Dabei muss aber die R. _____ strasse, eine Hauptstrasse, überquert werden.²⁸ Daher erfüllt dieser Spielplatz an der Ecke P. _____ weg/Q. _____ strasse die Vorgaben hinsichtlich Verkehrssicherheit gerade für kleinere Kinder als Nutzergruppe nicht.

h) Nach dem Gesagten ist der geforderte Mindestwert gemäss Art. 45 BauV unterschritten. Das umstrittene Bauvorhaben verletzt damit die Bestimmungen über die erforderlichen Aufenthalts- und Spielflächen. Die Beschwerde ist aus diesen Gründen gutzuheissen und der Bauabschlag ist zu erteilen. Bei diesem Ergebnis brauchen die übrigen Einwände und Rügen nicht mehr geprüft werden.

3. Verfahrenskosten

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Beschwerdegegnerin. Sie hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG²⁹). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 2'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV³⁰).

Die Kosten des Bewilligungsverfahrens bleiben der Beschwerdegegnerin als Baugesuchstellerin auferlegt (Art. 52 Abs. 1 BewD³¹). 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 der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Beschwerdegegnerin hat somit den Beschwerdeführenden die Parteikosten von Fr. 6'058.15 zu ersetzen.

²⁶ Vgl. AGR, Merkblatt Aufenthaltsbereiche, Spielplätze und grössere Spielflächen vom 20. September 2017, abrufbar unter <www.dij.be.ch>, Rubriken Raumplanung / Arbeitshilfen (AHOP) / Aufenthaltsbereiche und Kinderspielplätze.

²⁷ Aufnahmen auf google maps, einsehbar unter <maps.google.ch>.

²⁸ Aufnahmen auf google maps, einsehbar unter <maps.google.ch>.

²⁹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

³⁰ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

³¹ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Gesamtentscheid der Gemeinde Zollikofen vom 23. Juli 2020 wird aufgehoben. Dem Baugesuch vom 16. Dezember 2019 wird der Bauabschlag erteilt.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens von Fr. 7'290.60 werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Für das Inkasso dieser Kosten ist die Gemeinde Zollikofen zuständig.
3. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten im Betrag von Fr. 6'058.15 (inkl. Mehrwertsteuer) zu ersetzen.

IV. Eröffnung

- Herrn Rechtsanwalt B. _____ und Herrn Fürsprecher A. _____, eingeschrieben
- Herrn Fürsprecher I. _____, eingeschrieben
- Baubewilligungsbehörde der Gemeinde Zollikofen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben

Bau- und Verkehrsdirektion

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.