

A1 21 144

URTEIL VOM 17. NOVEMBER 2021

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Alexandra Lengen, Gerichtsschreiberin ad hoc,

in Sachen

U _____, **V** _____ **und W** _____, **X** _____, Beschwerdeführer, alle vertreten durch Rechtsanwalt Fabian Williner, WKLaw, Rechtsanwälte AG,

gegen

STAATSRAT DES KANTONS WALLIS, Vorinstanz,

EINWOHNERGEMEINDE A _____,

Y _____ **und Z** _____, Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hans-Peter Jaeger,

(Bauwesen)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 26. Mai 2021.

Sachverhalt

A. Am 21. Januar 2019 hinterlegten Y _____ und Z _____ (nachfolgend Beschwerdegegner) bei der Gemeinde A _____ (fortan Gemeinde) ein bezüglich Laufrichtung der Treppen und Dächer abgeändertes Baugesuch für den Abbruch eines bestehenden Zweifamilienhauses sowie den Neubau eines Mehrfamilienhauses auf den Parzellen GBV Nrn. xx1 und xx2, im Orte genannt «B _____». Die Gemeinde bewilligte das Baugesuch an ihrer Sitzung vom 23. April 2019. Die von U _____, V _____ und W _____, X _____ sowie der Erbengemeinschaft C _____ am 31. Mai 2019 dagegen erhobene Beschwerde wies der Staatsrat mit Entscheid vom 2. Oktober 2019 ab. Das Kantonsgericht hiess die dagegen eingereichte Beschwerde vom 7. November 2019 in einem Punkt (Ausscheidung Spielplatzfläche) gut und wies die Angelegenheit an die Gemeinde zur neuen Entscheidung über die Baubewilligung in Berücksichtigung der Bestimmungen über die Grösse des Spielplatzes zurück (Urteil A1 19 227 vom 3. Juni 2020). Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen. In der Folge erwuchs das Urteil des Kantonsgerichts unangefochten in Rechtskraft.

B. Am 18. Juni 2020 reichten die Beschwerdegegner bei der Gemeinde den überarbeiteten Plan „Erdgeschoss und Umgebung“ im Massstab 1:100 ein. Die Gemeinde stellte diesen – nach Rückzug der Beschwerde im Verfahren A1 19 227 durch die Erbengemeinschaft C _____ – U _____, V _____ und W _____ sowie X _____ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 3. Juli 2020 zu und setzte denselben unter Verzicht auf eine öffentliche Auflage eine Frist zur Stellungnahme an, welche von den Beschwerdeführern nach einmaliger Fristverlängerung am 17. August 2020 eingereicht wurde. Die Beschwerdegegner nahmen hierzu am 18. September 2020 Stellung. Die Gemeinde erteilte den Beschwerdegegnern am 12. Oktober 2020 die Baubewilligung für ihr Bauvorhaben zum Abbruch und Neubau eines Mehrfamilienhauses samt der Projektänderung betreffend die Anordnung von Spielplatz und Grünflächen.

C. Gegen diesen Entscheid reichten die Beschwerdeführer am 2. November 2020 ein Gesuch um aufschiebende Wirkung ein, da die Grünflächengrösse der Kinderspielplätze gemäss kommunalem Bau- und Zonenreglement von der Wohnfläche abhängt, die Baubewilligung gegen öffentlichrechtliche Bestimmungen verstosse und der Beginn der Bauarbeiten Auswirkungen auf die Dimension des Bauvorhabens haben könne. Dadurch drohe ihnen ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, weil durch die Erstellung eines rechtswidrigen Neubaus ein finanzieller Schaden in Form einer Wertverminderung für

ihre Grundstücke resultieren würde. Am 23. November 2020 hinterlegten die Beschwerdeführer sodann eine Beschwerde beim Staatsrat. Sie machten darin einerseits geltend, dass eine öffentliche Auflage der Projektänderung hätte stattfinden müssen, da das Bauvorhaben im Bereich des Erdgeschosses mehrere wesentliche Änderungen erfahren habe (Verschieben von Parkplätzen, allfälliges Ändern der Zuweisung von Parkplätzen, Weglassen von Durchgängen und Fusswegen, Ändern von Grünflächen, etc.). Andererseits verfüge das geänderte Projekt noch immer über keine hinreichende Fläche für einen Kinderspielplatz, da die entsprechenden Grünflächen bis zur Hausfassade als Spielplatz berücksichtigt worden seien, obwohl das Kantonsgericht dies als unzulässig erachtet habe. Des Weiteren würden die Grünflächen, welche für den Kinderspielplatz angerechnet werden sollten, durch eine Zufahrtsstrasse getrennt, was gemäss Kantonsgericht ebenfalls nicht zulässig sei. Die Beschwerde sei folglich gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

D. Die Beschwerdegegner beantragten am 22. Dezember 2020 die kostenpflichtige Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und der Beschwerde vom 23. November 2020, soweit darauf einzutreten sei. Die Behauptungen würden nicht faktenbasiert, sondern offensichtlich unter Missachtung der von der Baubewilligungsbehörde genehmigten Planunterlagen erfolgen. Daraus gehe nämlich klar hervor, dass der geplante Kinderspielplatz hauptsächlich an den nicht bewohnten Allgemeinräumen grenze, die erwähnte Zufahrt keine öffentliche Strasse darstelle und die Fläche des Parkplatzes vor der fraglichen Garage in der relevanten Berechnungsfläche für den Kinderspielplatz nicht berücksichtigt werde. Auch die Gemeinde verlangte in ihrer Stellungnahme vom 6. Januar 2021 die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Sie hielt fest, keine neuen Erkenntnisse festgestellt zu haben, weshalb auf den Bauentscheid vom 23. April 2019 sowie auf denjenigen vom 12. Oktober 2020 verwiesen werde.

E. Mit Entscheid vom 3. März 2021 wies der Staatsrat das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Letztere sei nicht notwendig, um die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung überprüfen zu können, ohne vor einer praktisch irreversiblen Situation bzw. vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden. Die Beschwerde vom 23. November 2020 wies der Staatsrat nach Durchführung eines doppelten Schriftwechsels mit Entscheid vom 26. Mai 2021 ebenfalls ab. Zur Begründung wurde angeführt, dass es sich mit der vorgenommenen Umgestaltung des Umschwungs nicht um eine erhebliche Änderung eines Hauptmerkmals des ursprünglichen Bauvorhabens handle, so dass die Gemeinde zu Recht keine erneute öffentliche Auflage der Projektänderung vorgenommen habe. Des Weiteren befänden sich im Erdgeschoss von der über

22 m langen gegen Süden gerichteten Hauptfassade auf weniger als 5 m zum Wohnen dienende Räumlichkeiten, welche der Spielplatzfläche zugewandt seien. Aus diesem Grund bedürfe es keines 3 m breiten Streifens entlang der Hauptfassade, der zum Schutz der Privatsphäre nicht zur Spielplatzfläche gerechnet werden dürfe. Schliesslich seien die zwei ausgeschiedenen Spielplatzflächen (114.93 m² und 129.63 m²) aufgrund ihrer Grösse als Nachweis für den Kinderspielplatz zu berücksichtigen. Die beiden Flächen seien zwar durch die Zufahrtsstrasse getrennt, diese stelle aber eine nicht stark frequentierte Privatstrasse dar, auf welcher auch Kinder Fahrrad fahren bzw. spielen dürften. Da die Zufahrtsstrasse nicht als Spielstrasse ausgeschieden worden sei, dürfe deren Fläche nicht an die Spielplatzfläche angerechnet werden, was vorliegend aber auch nicht erfolgt sei. Damit sei die ausgeschiedene Spielplatzfläche genügend und zweckmässig.

F. Gegen den Entscheid des Staatsrates erhoben die Beschwerdeführer am 1. Juli 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellten folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Beschwerde sei gutzuheissen.
2. Primär :
Der Entscheid des Staatsrates vom 26.05.2021 sei aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Gemeinde A _____ zurückzuweisen.
3. Den Beschwerdeführern sei für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
4. Die Kosten [des] für das vorinstanzliche Verfahren sowie für das vorliegende Verfahren und Entscheid seien dem Fiskus, allenfalls den Baugesuchstellern aufzuerlegen.
5. Den Beschwerdeführern sei zu Lasten der Vorinstanz und allenfalls der Baugesuchstellern eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen."

Die Beschwerdeführer werfen der Vorinstanz vor, eine Rechtsverletzung begangen zu haben, indem sie das Urteil des Kantonsgerichts A1 19 227 vom 3. Juni 2020 nicht im Sinne der Erwägungen umgesetzt habe. Gemäss den Bauplänen befinde sich im Erdgeschoss des Hauses B eine Wohnung, deren Bereich Küche/Essen/Wohnen an der Südfassade liege, d.h. zum Kinderspielplatz hin gerichtet sei. Es dürfe für die Spielplatzfläche deshalb gegenüber der Hausfassade ein Streifen von 3 m nicht angerechnet werden, da dieser zur Wahrung der Privatsphäre unverzichtbar sei. Des Weiteren sei gerichtsnotorisch, dass bei grösseren Überbauungen im Rahmen der StWE-Begründung regelmässig Dienstbarkeiten (ausschliessliche Benutzungsrechte) zu Gunsten der Erdgeschosswohnungen eingeräumt würden, weil diese mitunter über keinen Balkon verfügten. Da die StWE-Begründung bis dato nicht erfolgt sei, müsse befürchtet werden, dass über die ausgeschiedene Spielplatzfläche eine solche Dienstbarkeit begründet

werde. Mit Blick auf das ergangene Kantonsgerichtsurteil müsse dabei eine Spielplatzfläche von 240 m² ausgedient werden. Die vorinstanzlich festgehaltene Spielplatzfläche von insgesamt 244.56 m² sei aus Gründen der Privatsphäre für die Erdgeschosswohnung um 22.80 m² zu mindern, so dass eine Spielplatzfläche von 221.76 m² resultiere, die folglich zu klein sei. Gemäss den relevanten Plänen sei entlang der Südfassade des Hauses B sodann ein Durchgang/Fussweg unbekannter Breite vorgesehen. Da diese Fläche zugleich nicht auch als Kinderspielplatz dienen könne, sei entlang dieser Fassade ein Abzug von einem Meter zu tätigen, was den Kinderspielplatz flächenmässig nochmals erheblich reduziere. Schliesslich müsse berücksichtigt werden, dass mit der Erstellung der Zufahrtsstrasse der D _____weg mit der E _____strasse verbunden werde, was zu einem – wenn auch nicht massiv – erhöhtem Verkehrsaufkommen führe. Dabei sollten Spielplätze abseits und klar von Strassen getrennt werden. Quartierstrassen in der Nähe von Kinderspielplätzen schienen nur dann ungefährlich, wenn Verkehrsberuhigungsmassnahmen realisiert würden. Solche Massnahmen seien gemäss dem Baugesuch nicht vorgesehen. Damit sei die Unfallgefahr für die Kinder durch die Zufahrtsstrasse, welche die beiden Spielplatzflächen trenne, ungleich und unnötig hoch.

G. Die Beschwerde wurde am 2. Juli 2021 an die Beschwerdegegner, den Staatsrat und die Gemeinde zur Vernehmlassung zugestellt.

Der Staatsrat verzichtete am 12. Juli 2021 auf eine Stellungnahme, beantragte jedoch unter Verweis auf den angefochtenen Entscheid die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Gleichzeitig wurden die Akten des Beschwerdeverfahrens sowie die Akten der Gemeinde hinterlegt.

Die Gemeinde beantragte am 24. August 2021 ebenfalls die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Sie verwies gleichzeitig auf ihren Bauentscheid vom 12. Oktober 2020 sowie auf den Staatsratsentscheid vom 26. Mai 2021.

Die Beschwerdegegner liessen sich am 1. September 2021 vernehmen und verlangten die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Konsultiere man die bewilligten Baugesuchsunterlagen, könne man feststellen, dass die nach Vorgaben des kommunalen Bau- und Zonenreglements bereinigte Wohnfläche des Bauvorhabens 1164 m² betrage. 20% hiervon ergäben eine Kinderspielplatzfläche von 232.8 m². Aus den Planunterlagen lasse sich entnehmen, dass die zwei sich gegenüberliegenden und als Kinderspielplatz ausgewiesenen Teilflächen total 244.56 m² betrügen, womit den gesetzlichen Erfordernissen Genüge getan werde. Die Beschwerdeführer

würden mit sachlich unbegründeten Abzügen versuchen, diese Fläche zu reduzieren bis die baureglementarischen Vorgaben nicht mehr eingehalten seien. Das Kantonsgericht habe sodann in seinem Urteil A1 19 227 vom 3. Juni 2020 lediglich ergänzend die Rechtsprechung des Kantons Bern zitiert, wonach Grünflächen eine minimale Breite von 5 m aufzuweisen hätten, um als Kinderspielplatz dienen zu können, wobei gegenüber Hausfassaden von Wohngebäuden ein Streifen von 3 m nicht angerechnet werde, da dieser zur Wahrung der Privatsphäre der Hausbewohner unverzichtbar sei. Diesen Verweis des Kantonsgerichts nun zur kantonrechtlichen Gesetzgebung zu erheben, sei überzogen und verfehlt und lasse sich auch nicht durch die kommunale Ausgestaltung von Art. 51 des Bau- und Zonenreglements der Gemeinde A _____ vom 9. Juni 1996 (homologiert durch den Staatsrat am 25. Juni 1997; fortan BZR) rechtfertigen. Darüber hinaus grenze der Kinderspielplatz an der Nordseite der Hausfassade an keinen Wohnbereich (Garage, Treppenhaus, Lift und Veloraum), so dass von keiner Störung der Privatsphäre die Rede sein könne. Lediglich im nordwestlichen Bereich grenze die Küche der Wohnung im Erdgeschoss an den Kinderspielplatz. Für die Forderung nach einem minimalen steten Abstand von 3 m zu Gebäudefassaden für Kinderspielplätze lasse sich indes weder eine kommunale noch eine kantonale gesetzliche Grundlage nachweisen. Eine derartige Forderung sei auch insoweit sachwidrig und willkürlich, weil die Gemeinde A _____ eine derartige Praxis weder kenne noch je angewandt habe. Überdies würden die Beschwerdeführer der Bauherrschaft betreffend die allfällige StWE-Begründung unterstellen, dass sie bei Erhalt einer Baubewilligung die baulichen Vorgaben gar nicht erst einhalten, sondern die vorgegebene Nutzung teilweise oder ganz durch eine andere ersetzen würden, um die geforderte Spielfläche quasi zu unterlaufen. Dies sei ebenso unbegründet wie die künstlich vorgenommenen Abzüge der nachgewiesenen Fläche aufgrund von bestehenden Servituten. Aus den einschlägigen Planunterlagen sei sodann unschwer ersichtlich, dass die Fläche der Zufahrt nicht als Spielfläche berücksichtigt worden sei. Bei dieser dienstbarkeitsmässigen Erschliessung handle es sich nicht um eine öffentliche Strasse, sondern um eine gebäudebezogene Zufahrt, die weder einen unsicheren Kinderspielplatz schaffe noch verkehrsberuhigenden Massnahmen erfordere. Gleichzeitig hinterlegten die Beschwerdegegner eine präzisierende Stellungnahme des Architekten vom 5. August 2021.

H. Die Beschwerdeführer replizierten am 11. November 2021 und hielten ihre Rechtsbegehren vollumfänglich aufrecht.

Erwägungen

1. Der angefochtene Entscheid des Staatsrats stellt eine letztinstanzliche Verfügung im Sinne von Art. 72 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) dar, die mangels Ausschlusses in den Art. 74 bis Art. 77 VVRG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegt. Die Beschwerdeführer sind als Adressaten des für sie negativ ausfallenden Staatsratsentscheids durch diesen berührt. Als angrenzende Eigentümer der fraglichen, zu überbauenden Parzellen haben sie ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung oder Aufhebung, so dass sie gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert sind. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 VVRG).
2. Das Gericht hat die Angelegenheit nicht unter allen Gesichtspunkten zu überprüfen, sondern kann sich im Wesentlichen auf die gerügten Punkte beschränken (Art. 48 Abs. 2 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. c VVRG). Es können zudem nur Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitungen oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 78 Abs. 1 lit. a VVRG). Die Unzweckmässigkeit der Verfügung kann nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen gerügt werden, welche vorliegend nicht einschlägig sind (Art. 78 Abs. 1 lit. b VVRG).
3. Die Beschwerdeführer monieren zunächst, dass weder in der Verfügung der Gemeinde vom 12. Oktober 2020 noch im angefochtenen Staatsratsentscheid festgehalten worden sei, welche Gesamtspielplatzfläche ausgewiesen sein müsse, damit Art. 51 BZR eingehalten sei. Mit Blick auf das Kantonsgerichtsurteil vom 3. Juni 2020 könne indes festgehalten werden, dass eine Kinderspielplatzfläche von 240 m² nachgewiesen sein müsse. Dagegen bringen die Beschwerdegegner vor, dass die nach den Vorgaben des BZR bereinigte Wohnfläche insgesamt 1 164 m² betrage, sodass 20% hiervon eine (minimale) Kinderspielplatzfläche von 232.8 m² ergebe. In einem ersten Schritt ist folglich die Mindestgrösse für die Kinderspielplatzfläche des in Frage stehenden Bauprojekts zu ermitteln.

 - 3.1 Die Gemeinden können im BZR vorschreiben, dass der Bauherr beim Bau von mehreren Wohneinheiten von der zuständigen Behörde verpflichtet werden kann, ausrei-

chend Spielplätze für Kinder zu schaffen (Art. 29 Abs. 1 des Baugesetzes vom 15. Dezember 2016 [BauG; SGS/VS 705.1]). Die Gemeinde A _____ schreibt in Art. 51 BZR entsprechend vor, dass Wohnhäuser mit 4 und mehr Wohneinheiten, gut besonnte Kinderspielplätze auf privaten Grundstücken im Freien anzulegen haben, wobei deren Grundfläche im Minimum 20 % der gesamten Wohnfläche, mindestens aber 80 m² ausmachen soll. Sie dürfen nicht gleichzeitig zu anderen Zwecken dienen und Spielplätze auf erdgeschossigen Anbauten sind nur gestattet, sofern sie mindestens zur Hälfte des Umfangs einen begehbaren Übergang zum gewachsenen Terrain aufweisen.

3.2 Der Begriff der Wohnfläche als solcher ist weder bundesrechtlich noch im vorliegenden Fall kantonal- bzw. kommunalrechtlich definiert. Das Bundesgericht hielt im Rahmen seiner Rechtsprechung zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG; SR 211.412.41) indes fest, dass zur Nettowohnfläche sämtliche bewohnbaren Räume einer Wohnung gehören wie Küche, Hausflur, Badezimmer, Toilette, geschlossenes Schwimmbad, Sauna, Hobbyraum, nicht aber Balkon, Treppenhaus, Keller und Estrich (Urteil des Bundesgerichts 2C_902/2017 vom 6. Februar 2019 E. 2.1 mit Hinweisen). Aus der SIA-Norm 416 bzw. den in deren Anhang B niedergelegten Definitionen ergibt sich dasselbe: Die Nettowohnfläche definiert sich in Funktion zur Hauptnutzfläche, welche ihrerseits der Zweckbestimmung und Nutzung des Gebäudes im engeren Sinn dient. Von der Hauptnutzfläche abzugrenzen ist die Nebennutzfläche, zu der Waschküche, Estrich- und Kellerräume, Abstellräume, Fahrzeugeinstellräume, Schutzräume und Kehrtrräume gezählt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_902/2017 vom 6. Februar 2019 E. 2.3). Im vorliegenden Fall sind deshalb die ausgeschiedenen Wohnflächen der zu realisierenden Wohnungen festzustellen, um das Mindestmass der Gesamtspielplatzfläche gemäss Art. 51 BZR ermitteln zu können.

3.3 Wie die Gemeinde im Bauentscheid vom 12. Oktober 2020 richtigerweise erkannt hat, sollen auf den fraglichen Parzellen in A _____ zwei zusammengebaute Mehrfamilienhäuser entstehen, welche insgesamt vier 3 ½-Zimmerwohnungen, zwei 4 ½-Zimmerwohnungen und vier 5 ½-Zimmerwohnungen beherbergen. Aus den Flächen- und m³-Berechnungen nach SIA-Norm des mit dem vorliegenden Bauprojekt befassten Architekten ergibt sich dabei pro Wohnung folgende anrechenbare Wohnfläche:

Haus A

Erdgeschoss	keine Wohnräume	
1. Obergeschoss	5 ½-ZWG Nord	146.7 m ²
	5 ½-ZWG Süd	143.5 m ²
2. Obergeschoss	5 ½-ZWG Nord	146.7 m ²
	5 ½-ZWG Süd	143.5 m ²
Dachgeschoss	3 ½-ZWG Nord	86.5 m ²
	3 ½-ZWG Süd	91.9 m ²
Total der anrechenbaren Wohnfläche für Haus A:		758.8 m²

Haus B

Erdgeschoss	3 ½-ZWG	61.8 m ²
1. Obergeschoss	4 ½-ZWG West	124.8 m ²
2. Obergeschoss	4 ½-ZWG West	124.8 m ²
Dachgeschoss	3 ½-ZWG West	93.8 m ²
Total der anrechenbaren Wohnfläche für Haus B:		405.2 m²

Die anrechenbare Wohnfläche für das Bauprojekt beträgt damit insgesamt 1 164 m². Unter Berücksichtigung von Art. 51 BZR ist bei dieser Wohnfläche für das Bauvorhaben somit eine Kinderspielplatzfläche von (minimal) 232.8 m² auszuscheiden (20% von 1 164 m²). Auf diese Berechnung ist abzustellen, zumal die Beschwerdeführer nicht aufzeigen, wie sie zum Ergebnis einer erforderlichen Gesamtspielplatzfläche von 240 m² gelangen.

4. Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, dass das Kantonsgericht Wallis in seinem Urteil A1 19 227 vom 3. Juni 2020 rechtsverbindlich festgehalten habe, dass gegenüber Hausfassaden von Wohngebäuden ein Streifen von 3 m Grünfläche nicht als Kinderspielplatz angerechnet werden dürfe, da dieser zur Wahrung der Privatsphäre unverzichtbar sei. Das Kantonsgerichtsurteil sei unangefochten geblieben und somit in Rechtskraft erwachsen. Die beiden Vorinstanzen würden mit ihrer Auffassung, es handle sich hierbei lediglich um eine Empfehlung, verkennen, dass es sich um höchstkantonale und damit verbindliche Rechtsprechung handle. Da sich im Erdgeschoss des Hauses B eine Wohnung befinde, deren Südfassade (Bereich Küche/Essen/Wohnen) direkt an den Kinderspielplatz grenze, sei ein 3 m-Streifen Grünfläche in der Länge von insgesamt 7.6 m (4.6 m Fassadenlänge plus weitere 3 m Fassadenflucht ab Fassadenecke), ins-

gesamt also 22.8 m², aus Gründen der Privatsphäre deshalb nicht an die Kinderspielplatzfläche anzurechnen. Damit werde die notwendige Spielplatzfläche nicht erreicht. Im Übrigen müsse befürchtet werden, dass die ausgeschiedene Spielplatzfläche durch eine spätere StWE-Begründung und Ausscheidung von Dienstbarkeiten (ausschliessliche Benutzungsrechte) unterlaufen werden könnte, weswegen die Ausscheidung eines 3 m breiten Streifens zusätzlich sinnvoll sei.

4.1 Die Beschwerdegegner halten dagegen, dass der kommunale Gesetzgeber im Baubereich gemäss BauG Autonomie geniesse. Vorschriften und Rechtsprechung anderer Kantone sowie die Vorgaben von Fachinstitutionen erhielten mithin keinen normativen Charakter bzw. würden kommunale Anordnungen weder verdrängen noch ergänzen, ohne die Gemeindeautonomie zu verletzen oder gar gesetzes- bzw. verfassungswidrig zu sein. Das Kantonsgericht habe i.c. mit seinem Entscheid vom 3. Juni 2020 die Rechtsprechung des Kantons Bern betreffend den 3 m Streifen zur Wahrung der Privatsphäre lediglich ergänzend zitiert. Der Verweis auf diese Praxis mache diese selbst nicht zur kantonalrechtlichen Gesetzgebung. Zudem würde eine derartige Forderung eine krasse Ungleichbehandlung (Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) darstellen, da die Gemeinde eine derartige Praxis weder kenne noch je angewandt habe. Des Weiteren könne der Spielplatz aufgrund der unmittelbar tangierten Nutzungsräume den angeblich zu schützenden Wohnbereich bzw. die zu schützende Privatsphäre gar nicht erst verletzen. Denn die kleinere Kinderspielplatzfläche grenze im Norden an die Garage Nr. 7 sowie an das Treppenhaus mit Veloraum und Lift. Auf der gegenüberliegenden Seite grenze die grössere Kinderspielplatzfläche an die Garage Nr. 8 bzw. an die Freifläche als Parkplatz davor. Lediglich der Zugang im nordwestlichen (recte: südwestlichen) Bereich der Küche im Erdgeschoss könne betroffen sein. Jedoch lasse sich weder eine kommunale noch eine kantonale gesetzliche Grundlage für den geforderten Abstand von 3 m zur Hausfassade nachweisen. Schliesslich werde der Bauherrschaft unterstellt, dass sie bei Erhalt einer Baubewilligung die baulichen Vorgaben gar nicht erst einhalten, sondern die vorgegebene Nutzung teilweise oder ganz durch eine andere ersetzen würde. Mit Unterstellungen möglichen Fehlverhaltens könne aber keine Gesetzeswidrigkeit begründet werden. Darüber hinaus würden die Nichterfüllung von Auflagen oder die Vornahme nicht bewilligter nachträglicher Änderungen baupolizeiliche Interventionen i.S.v. Art. 54 ff. BauG auslösen.

4.1.1 Gemäss dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) ist primäre Rechtsquelle das Gesetz. Dies dient dem Schutz vor behördlicher oder richterlicher Willkür. Die Rechtset-

zung ist dabei Sache der Legislative, während die Aufgabe der Gerichte die Rechtsprechung ist (Hansjörg Seiler, Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber, LeGes 2016, S. 357; s.a. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A. 2014, S. 137 ff.; Giovanni Biaggini, Verfassung und Richterrecht: verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesrechtlichen Rechtsprechung, Basel/Frankfurt am Main 1991, S. 17). Die schweizerische Rechtsordnung verdankt ihre Weiterentwicklung aber nicht alleine dem Gesetzgeber. Die Fortbildung des Rechts geschieht in der Praxis auch durch die Norminterpretation des Richters (sog. richterliche Rechtsfortbildung; vgl. hierzu statt vieler Giovanni Biaggini, a.a.O., S. 3 ff.). Gemäss der traditionellen schweizerischen Methodenlehre ist der Richter bei der Rechtsgewinnung an den Wortlaut des Gesetzes gebunden. Solange eine plausible Lösung des Interpretationsproblems im Rahmen der Auslegung des Wortsinnes gefunden werden kann (sog. Rechtsfindung secundum legem), erübrigen sich methodologische Gedankengänge, die sich spezifisch auf den Bereich der richterlichen Rechtsfindung praeter oder contra verba legis beziehen. Zeigen die klassischen Auslegungselemente indes an, dass der Normtext ein Normsinndefizit aufweist, wird der Richter in eine zweite Rechtsfindungszone verwiesen, die sog. Rechtsfindung praeter legem (Lückenfüllung «echter» Gesetzeslücken). Dabei soll er modo legislatoris vorgehen, d.h. er soll nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Lässt dieses Verfahren immer noch keine gesetzgeberische Lösung erkennen, gelangt der Richter in die dritte Rechtsfindungsebene, der sog. (freien) Rechtsfindung contra legem (Normkorrektur, Gesetzesberichtigung). Das Ausfüllen dieser «unechten» Lücke, d.h. die Korrektur einer im konkreten Fall unbefriedigend auswirkenden Norm, hat dabei nur ausnahmsweise und unter Berücksichtigung des Rechtsmissbrauchsverbots zu erfolgen (Marc Amstutz/Marcel Alexander Niggli, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 14 ff. mit Hinweisen; Giovanni Biaggini, a.a.O., S. 14 und S. 68 ff.; vgl. auch Art. 81 VVRG i.V.m. Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB; SR 210]). Die richterliche Rechtsfortbildung basiert damit auf der anzuwendenden Rechtsnorm. In diesem Zusammenhang stellt sich vorliegend deshalb die Frage, ob das Kantonsgericht in seinem Urteil A1 19 227 vom 3. Juni 2020 die zitierte 3 m-Regel im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung zu geltendem kantonalem Recht erhoben hat.

4.1.2 Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer richtigerweise festgestellt haben, dass für die Umsetzung der im Raum stehenden 3 m-Regel weder eine kommunale noch eine kantonale gesetzliche Grundlage besteht. Im hier fraglichen Urteil hatte das

Kantonsgericht sodann u.a. über die Frage zu befinden, ob Grünflächen zur Fläche der Kinderspielplätze hinzugerechnet werden dürfen, um die Voraussetzungen von Art. 51 BZR zu erfüllen. Ausgehend von der Definition eines Spielplatzes gemäss der Beratungsstelle für Unfallverhütung kam es dabei zum Schluss, dass neben dem eigentlichen Spielplatz prinzipiell auch Grünflächen als Spielplätze dienen können, sofern sie den Freizeitaktivitäten der Kinder zur Verfügung stehen (E. 7.2). Im Rahmen des ursprünglichen Bauprojekts waren nämlich ein Kinderspielplatz von 120 m² sowie Grünflächen von gesamthaft 201.5 m² geplant gewesen (E. 7.1). Die neben dem eigentlichen Spielplatz geltend gemachte Grünfläche bestand aber nicht aus einem zusammenhängenden Stück, sondern war in vier verschiedenen Teilflächen aufgeteilt, die auf der gesamten Parzelle verteilt lagen. Zwei der Teilflächen waren vom eigentlichen Spielplatz aus nicht einsehbar und zwei andere Teilflächen waren lediglich rund 40 m² gross, so dass das Kantonsgericht die Zweckmässigkeit der Grünflächen für die Benutzung als Spiel- und Freizeitflächen für Kinder und Familien verneinte (E. 7.3). Das Kantonsgericht zitierte für diese Schlussfolgerung exemplarisch ausserkantonale Rechtsprechung. So auch diejenige der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, wonach u.a. gegenüber Hausfassaden von Wohngebäuden ein Streifen von 3 m Grünfläche nicht als Spielplatzfläche angerechnet werde, da dieser zur Wahrung der Privatsphäre unverzichtbar sei. Die Absicht des Kantonsgerichts lag darin, aufzuzeigen, dass Anordnung und Grösse der Grünflächen von massgebender Bedeutung sind, um entscheiden zu können, ob sie als Spiel- und Freizeitflächen für Kinder angerechnet werden dürfen (vgl. E. 7.3). Es hat damit in seinem Urteil A1 19 227 vom 3. Juni 2020 eine in erster Linie teleologische Gesetzesauslegung betrieben, indem es die qualitativen Merkmale einer zweckmässigen als Kinderspielplatz auszuscheidenden Fläche im Rahmen von Art. 51 BZR definierte. Die in casu richterliche Rechtsfortbildung secundum legem, welche als Verfeinerung oder Fortentwicklung der geltenden kantonalen bzw. kommunalen Rechtsordnung zu verstehen ist (vgl. Giovanni Biaggini, a.a.O., S. 54), bezieht sich dabei lediglich global auf die Anforderungen bezüglich Anordnung und Grösse der im Rahmen eines Bauprojekts auszuscheidenden Grünflächen, die als Kinderspielplatzflächen angerechnet werden dürfen und nicht spezifisch auf die zitierte 3 m-Regel zur Wahrung der Privatsphäre.

4.2 Nach dem Gesagten durften die Vorinstanzen die zitierte Rechtsprechung in der Erwägung des Kantonsgerichts lediglich als Empfehlung auffassen – soweit sie als solche überhaupt verstanden werden will. Die vollständige Anrechnung der beiden Grünflächen von insgesamt 244.56 m² als Kinderspielplatz stellt damit in casu keine Rechts-

verletzung dar. Auf weitere Rügen in diesem Zusammenhang (Anwendung des 3 m-Privatsphären-Abstands in concreto; Befürchtung der Gesetzesumgehung durch StWE-Begründung und Einräumung von Dienstbarkeiten) wird mangels entsprechender Rechtsgrundlage und mangels Vorliegen eines entsprechenden konkreten Lebenssachverhalts nicht weiter eingegangen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt folglich abzuweisen.

5. Die Beschwerdeführer machen ferner geltend, dass gemäss den relevanten Plänen entlang der Südfassade des Hauses B, auf Höhe des Veloraums und der Garage Nr. 7 ein Durchgang/Fussweg entstehen solle. Dieser Durchgang könne nicht zugleich als Kinderspielplatz dienen. Dies umso mehr, wenn er allenfalls mit Platten belegt werde. Es rechtfertige sich deshalb, auch entlang dieser Fassade einen Abzug von einem Meter zu tätigen, womit der Kinderspielplatz flächenmässig nochmals erheblich reduziert werde. Inwiefern ein Durchgang/Fussweg gemäss dem überarbeiteten Grundrissplan, der für einen Zugang vom Wohngebäude zum Kinderspielplatz sorgt, als durchgehende Grünfläche (ohne Platten) markiert und mit keinen Dienstbarkeiten belastet ist, nicht gleichzeitig als Kinderspielplatz genutzt werden kann, ist vorliegend nicht ersichtlich und wird im Übrigen von den Beschwerdeführern auch nicht rechtsgenügend dargetan. Das Bauvorhaben weist betreffend Kinderspielplatzfläche zudem eine Reserve von 11.76 m² auf (nachgewiesene 244.56 m² minus erforderliche 232.8 m²). Der östlich gelegene Spielplatz ist an der Südseite des Hauses A gemäss Grundrissplan 11.32 m lang. Auch bei Ausscheidung eines allfälligen Durchgangs/Fussweges von 1 m Breite auf 11.32 m Länge entspräche die Kinderspielplatzfläche den gesetzlichen Erfordernissen. Diese Feststellung ist jedoch insofern unbeachtlich, als dass die Rüge der Beschwerdeführer mangels Substantiierung abzuweisen ist.

6. Die Beschwerdeführer stören sich schliesslich daran, dass die beiden Kinderspielplatzflächen durch die Zufahrtsstrasse der Überbauung getrennt werden. Spielplätze seien abseits und klar von Strassen getrennt zu sein. Die Erstellung dieser Zufahrtsstrasse bewirke, dass der D_____weg mit der E_____strasse verbunden werde, was zu einem – wenn auch nicht massiv – erhöhtem Verkehrsaufkommen führe. Solche Quartierstrassen in der Nähe von Kinderspielplätzen würden nur dann ungefährlich scheinen, wenn Verkehrsberuhigungsmassnahmen realisiert würden, welche gemäss dem Baugesuch nicht vorgesehen seien. Folglich sei die Unfallgefahr für die Kinder durch die Zufahrtsstrasse ungleich und unnötig hoch.

Die Beschwerdegegner verweisen auf die einschlägigen Planunterlagen und machen geltend, dass es sich bei der dienstbarkeitsmässigen Erschliessung des zu überbauen-

den Grundstücks nicht um eine öffentliche Strasse handle. Es seien lediglich zwei Nachbargrundstücke dienstbarkeitsbegünstigt, so dass die Annahme eines erhöhten Verkehrsaufkommens unbegründet erscheine. Zudem liege ein bloss grundstücksbezogener Verkehr vor, wie das bei sämtlichen StWE-Überbauungen der Fall sei, da Einstellhallen und Aussenparkplätze stets von den Eigentümern über die Allgemeinflächen, auf welchen auch Spielanlagen stehen können, angefahren werden könnten. Eine absolute Trennung von Kinderspielplätzen und gebäudeeigenem Verkehr lasse sich in der Wirklichkeit kaum realisieren bzw. ausmachen. Es handle sich hierbei auch nicht um eine Quartierstrasse, weshalb das Bauvorhaben auch keine Verkehrsberuhigungsmassnahmen vorsehe. Das Zufahrtsrecht ende sodann vor der Parzelle Nr. xx3, von wo aus lediglich ein Wegrecht zur E _____ strasse bestehe, welches aber nicht der Allgemeinheit, sondern nur den begünstigten Grundstückseigentümern offenstehe. Von der gemäss Art. 51 BZR erforderten Kinderspielplatzfläche von 232.8 m² würden somit nachweislich 244.56 m² ausgewiesen werden, weshalb das abgeänderte Baugesuch die kommunalen Vorschriften vollumfänglich einhalte.

6.1 Wie aus den Beilagen der Stellungnahme des Architekten vom 5. August 2021 (Akten Kantonsgericht) zu entnehmen ist, werden in casu zwei sich gegenüberliegende Flächen in der Grösse von 114.93 m² (südlich des Hauses A) und 129.63 m² (südlich des Hauses B) als Kinderspielplätze ausgewiesen, ohne die beiden übrigen Grünflächen von 73 m² nordwestlich des Hauses B und 68.5 m² westlich des Hauses A miteinzuberechnen. Die beiden Kinderspielplätze werden im Südosten der Parzelle Nr. xx2 durch eine 2.7 m breite Zufahrtsstrasse getrennt, welche die Überbauung über den D _____ weg für den motorisierten Verkehr erschliesst und mit einem Durchfahrtsrecht zugunsten der Parzellen Nrn. xx4 und xx5 belastet ist. Dieses Durchfahrtsrecht endet an der südlichen Grenze der Parzelle Nr. XX3 bzw. an der nördlichen Grenze der Parzelle Nr. xx2 und geht dort in ein Durchgangsrecht von 1 m Breite zugunsten der Parzellen Nrn. xx4, xx2 und xx5 über, welches die geplante Überbauung auf der Nordseite der Parzelle Nr. xx1 mit der E _____ strasse für den Fussverkehr erschliesst. Weder die Fläche der Zufahrtsstrasse noch die mit dem Durchgangsrecht belastete Fläche oder der Parkplatz vor der Garage Nr. 8 mitsamt dem Zugang zur Wohnung im Erdgeschoss des Hauses B werden indes zu den ausgewiesenen Grün- oder Kinderspielplatzflächen hinzugerechnet. Im Übrigen bestehen die beiden Kinderspielplätze auf ihren jeweiligen Parzellen aus einem zusammenhängenden Stück Grünfläche und werden – betrachtet man die Kinderspielplatzfläche beider Parzellen als grosses Ganzes – gemäss Grundrissplan ca. in der Mitte durch die Zufahrtsstrasse getrennt.

6.2 Vor diesem Hintergrund werden die Parzellen der Beschwerdegegner entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer nicht über die geplante Zufahrtsstrasse durchgehend von der E _____strasse bis zum D _____weg für den motorisierten Verkehr erschlossen. Die Zufahrt für Motorfahrzeuge bleibt lediglich über den D _____weg möglich. Da die geplante Überbauung am Ende der fraglichen Zufahrtsstrasse liegt, wird sie naturgemäss lediglich einen gebäudebezogenen Verkehr verursachen, zumal die übrigen Nachbarn ihre davorliegenden Grundstücke erreichen, ohne die Zufahrtsstrasse bis zur Liegenschaft der Beschwerdegegner befahren zu müssen. Die 2.7 m breite Zufahrtsstrasse der geplanten Überbauung wird damit nicht im Sinne einer Quartierstrasse den Verkehr aus den angrenzenden Erschliessungsstrassen sammeln, welche zu einem hohen und allenfalls kindergefährdenden Verkehrsaufkommen führen könnte, weshalb Verkehrsberuhigungsmassnahmen müssig sind. Dies mitunter auch aufgrund der Tatsache, dass die Zufahrtsstrasse gemäss dem überarbeiteten Grundrissplan einzig der Erschliessung des Hauses B mitsamt seiner Garage und dem Aussenparkplatz dient. Die vier Besucherparkplätze sowie die übrigen sieben Garagen und zwei Aussenparkplätze des Hauses A sind über die E _____strasse und der geplanten Zufahrtsrampe östlich der Parzelle Nr. xx1 erschlossen. Die fraglichen Spielplätze liegen damit an einer schwach frequentierten Zufahrtsstrasse, die folglich ihren Einbezug in die Spiel- und Freizeitaktivitäten der Kinder ermöglicht, ohne deren Sicherheit zu gefährden oder den 244.56 m² Kinderspielplatzfläche ihre Qualität als solche oder die Zweckmässigkeit abzusprechen. Die Rüge betreffend die Zufahrtsstrasse kann damit nicht gehört werden, weshalb die Beschwerde auch in diesem Zusammenhang abzuweisen ist.

7. Nach dem Gesagten erfüllen die beiden ausgewiesenen Spielplatzflächen gemäss überarbeitetem Grundrissplan von insgesamt 244.56 m² die Anforderungen von Art. 51 BZR in Grösse und Anordnung in vollem Umfang. Der am 18. Juni 2020 von den Beschwerdegegnern bei der Gemeinde eingereichte und entsprechend den einschlägigen Erwägungen des Kantonsgerichts (Urteil A1 19 227 vom 3. Juni 2020) abgeänderte Plan-Nr. 2016 – 12 – 401 B „Erdgeschoss mit Umgebung“ im Massstab 1:100 entspricht folglich den kommunalen Bauvorschriften, weshalb die Vorinstanz die erteilte Baubewilligung zu Recht geschützt hat. Die Beschwerde vom 1. Juli 2021 ist daher in allen Punkten abzuweisen.

7.1 Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Vorliegend bestehen keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen, weshalb den Beschwerdeführern die Gerichtsgebühr auferlegt wird.

Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; GS/VS 173.8) setzen sich die Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen Fr. 280.-- und Fr. 5 000.-- (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles sowie seines Umfangs und Schwierigkeitsgrads wird die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 2 000.-- festgesetzt. Die Gerichtsgebühr ist nach dem Gesagten den Beschwerdeführern aufzuerlegen.

7.2 Die Beschwerdeinstanz gewährt der ganz oder teilweise obsiegenden Partei, abgesehen von hier nicht weiter relevanten Ausnahmen, auf Begehren die Rückerstattung der notwendigen Kosten, die ihr entstanden sind (Art. 91 Abs. 1 VVRG). Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Diese ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechnete Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 GTar), die in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- beträgt (Art. 39 GTar).

Die obsiegenden Beschwerdegegner haben in casu eine Parteientschädigung beantragt. Im vorinstanzlichen Verfahren fand ein doppelter Schriftenwechsel statt. Im Beschwerdeverfahren replizierten die Beschwerdeführer. Die Beschwerdegegner reichten jeweils umfangreiche Rechtsschriften und zahlreiche Belege ein. Aufgrund des Umfangs, des geschätzten Aufwands sowie der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls wird die Parteientschädigung für die anwaltlich vertretene Partei vorliegend auf insgesamt Fr. 2'500.-- (inkl. MwSt. und Auslagen) festgesetzt, welche von den Beschwerdeführern zu tragen ist.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 2 000.-- werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
3. Die Beschwerdeführer bezahlen den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit eine Parteientschädigung von Fr. 2 500.--.
4. Das Urteil wird den Beschwerdeführern, dem Staatsrat des Kantons Wallis, der Einwohnergemeinde A _____ und den Beschwerdegegnern schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 17. November 2021