



G.-Nr. R1S.2021.05009
BRGE I Nr. 0095/2021

Entscheid vom 18. Juni 2021

Mitwirkende Abteilungspräsident Walter Linsi, Baurichterin Beatrice Bosshard, Baurichter Claude Reinhardt, Gerichtsschreiberin Viviane Liebherr

in Sachen

Rekurrenten

1. W. R. [...]
2. R. S. [...]

beide vertreten durch [...]

gegen

Rekursgegnerinnen

1. Bausektion der Stadt Zürich, c/o Amt für Baubewilligungen, Rechtsabteilung, Amtshaus IV, 8021 Zürich
2. B. GmbH [...]

Nr. 2 vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

Beschluss der Bausektion vom 23. Dezember 2020 [...]; Baubewilligung für Umbau und Vergrösserung Restaurant und Verlängerung der Öffnungszeiten, Grundstücke Kat.-Nrn. 1 und 2, L.-Strasse 1 und 2, Zürich [...]

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 23. Dezember 2020 erteilte die Bausektion der Stadt Zürich der B. GmbH die baurechtliche Bewilligung für den Umbau der Liegenschaften auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 1 und 2 an der L.-Strasse 1 und 2 in Zürich [...].

B.

Hiergegen erhoben W. R. und R. S. mit gemeinsamer Rekurseingabe vom 4. Februar 2021 fristgerecht Rekurs an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragten in materiell-rechtlicher Hinsicht:

- " 1. Der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und zur erstmaligen baurechtlichen Prüfung der Öffnungszeiten an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventuell sei der angefochtene Beschluss um die Auflage zu ergänzen, dass von der Zeit von 24.00 Uhr bis 8.00 Uhr
 - im B. keine alkoholischen Getränke «über die Gasse» verkauft werden dürfen
 - die Betreiberschaft dafür zu sorgen habe, dass im B. bestellte alkoholische Getränke im Laden konsumiert und nicht nach draussen genommen werden.
 - im zugehörigen Shop keine alkoholischen Getränke verkauft werden dürfen.Alles jeweils unter Androhung der für eine effiziente Durchsetzung der Auflage nötigen Sanktionen."

In prozessrechtlicher Hinsicht stellten die Rekurrenten folgende Anträge:

- " 1. Es sei ein Augenschein vor Ort durchzuführen.
2. Antrag auf Erlass einer Anordnung für die Dauer des Verfahrens:
Es sei der privaten Rekursgegnerschaft für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens unter Androhung von Bestrafung im Unterlassungsfall zu verbieten, in der Zeit von 24.00 Uhr bis 8.00 Uhr ihr Verkaufsgeschäft zu betreiben.

Einem allfälligen Rechtsmittel gegen dieses Verbot sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegner."

C.

Mit Verfügung vom 10. Februar 2021 wurde vom Rekurseingang Vormerk genommen, das Vernehmlassungsverfahren eröffnet und den Rekursgegnerinnen eine Frist von 14 Tagen zur Stellungnahme zum Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen angesetzt.

D.

Mit Eingabe vom 24. Februar 2021 reichte die Vorinstanz ihre Stellungnahme ein und verzichtete auf einen Antrag. Die private Rekursgegnerin beantragte mit Stellungnahme vom 25. Februar 2021, auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch abzuweisen.

Mit Zwischenentscheid vom 9. März 2021 wurde das rekurrentische Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgewiesen.

E.

Mit Vernehmlassung vom 15. März 2021 beantragte die private Rekursgegnerin, es sei auf den Rekurs nicht einzutreten, eventualiter sei der Rekurs abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zulasten der Rekurrenten.

Auch die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 15. März 2021, es sei auf den Rekurs nicht einzutreten und eventualiter sei dieser abzuweisen.

F.

In den weiteren Rechtsschriften hielten die Parteien an ihren jeweiligen Anträgen fest.

Es kommt in Betracht:

1.

Streitauslösend sind die Liegenschaften auf den Grundstücken Kat.-Nrn. 1 und 2 an der L.-Strasse 1 und 2, welche gemäss geltender Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich (BZO) der Quartiererhaltungszone QI5d mit einer Wohnanteilsspflicht von 60 % zugeschrieben sind. Im Erdgeschoss der Liegenschaften befinden sich gegenwärtig ein Lebensmittel- und Getränke-laden, ein Restaurant samt Aussenbereich sowie ein Take-Away-Betrieb (vgl. act. 5.1 sowie die Planeinzeichnungen in act. 9.3). Die Grundstücke sind der Empfindlichkeitsstufe (ES) III zugeordnet, womit auch mässig störende Gewerbe- und Dienstleistungsnutzungen zulässig sind (vgl. Art. 24c Abs. 2 BZO).

2.1.

Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung hat (§ 338a des Planungs- und Baugesetzes [PBG]).

Mit dieser Umschreibung verlangt das Gesetz zunächst eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zum Streitgegenstand, kraft derer der Rekurrent stärker als beliebige Dritte oder die Allgemeinheit von der angefochtenen Verfügung betroffen ist. Das vom Gesetz alsdann verlangte schutzwürdige Interesse des Rekurrenten besteht in der Abwendung eines Nachteils bzw. in der Erlangung eines Vorteils im Falle des erfolgreichen Rekurrerens (vgl. zum Ganzen Martin Bertschi, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 21 Rz. 10 ff. und dort zitierte Lehre und Rechtsprechung).

2.2.

Die Vorinstanz bestreitet die Rekurslegitimation der Rekurrenten und bringt mit Verweis auf den Entscheid VB.2020.00221 vom 22. Oktober 2020 vor, die Betreiberschaft eines Ladens könne nicht für das rücksichtslose Verhalten ihrer Kundschaft ausserhalb des nächsten Umkreises ihres Ladens verantwortlich gemacht werden. Wolle man einen Zusammenhang zwischen den von den Rekurrenten geltend gemachten Beeinträchtigungen

rund um ihre Liegenschaften und den bemängelten Ladenlokalitäten sehen, müssten sich die Personen, welche im Laden Alkohol kauften, auf direktestem Weg zu den rekurrentischen Liegenschaften begeben und sich dort unangemessen verhalten. Ein solches Szenario sei zwar nicht absolut ausgeschlossen. Bei objektiver Betrachtung sei es jedoch abwegig, anzunehmen, dass solche Einzelereignisse zu einer merklichen Intensivierung der kritisierten Lärmimmissionen oder anderen Missständen führten. Ein direkter Zusammenhang zwischen der Existenz des streitbetroffenen Ladens und den von den Beschwerdeführenden [richtig: Rekurrenten] geltend gemachten Beeinträchtigungen bestehe bei einer Gesamtwürdigung der konkreten Verhältnisse nicht.

2.3.

Auch die private Rekursgegnerin bestreitet die Legitimation der Rekurrenten und macht hierzu im Wesentlichen geltend, mit dem Bauentscheid werde der privaten Rekursgegnerin lediglich gestattet, die Öffnungszeiten im Innenbereich des Restaurants über Mitternacht hinaus zu verlängern. Diese Verlängerung der Öffnungszeiten sei mit keinen spürbaren Lärmimmissionen verbunden. Die Distanz des Restaurants zu den Liegenschaften der Rekurrenten sei zu gross, als dass die Rekurrenten von möglichen Auswirkungen der verlängerten Öffnungszeiten betroffen sein könnten.

2.4.

Die Liegenschaft des Rekurrenten 1 (Kat.-Nr. 3) befindet sich in einer Entfernung von ca. 55 m (Fusswegdistanz ca. 70 m) bzw. jene des Rekurrenten 2 (Kat.-Nr. 4) in einer Entfernung von ca. 80 m (Fusswegdistanz ca. 170 m) zu den streitbetroffenen Parzellen an der L.-Strasse, womit eine hinreichend enge Raumbeziehung zu den Baugrundstücken gegeben ist.

Die Vorbringen der Rekurrenten scheinen sodann nicht von vornherein ungeeignet, die nach Ansicht der Rekurrenten störenden Missstände während der Nachtzeit im Quartier zu beseitigen. Aufgrund der im Zuge der Eintretensprüfung gebotenen lediglich summarischen Würdigung der geltend gemachten Beeinträchtigung ist nicht auszuschliessen bzw. erscheint es zumindest nicht unwahrscheinlich, dass die streitbetroffenen Lokalitäten durch den nächtlichen Alkoholverkauf zur Intensivierung der von den Rekurrenten geltend gemachten Lärmimmissionen und Missständen in ihrer Nähe beitragen und für die Rekurrenten somit objektiviert betrachtet ein

Nachteil vorliegt, der sich durch die Behebung des gerügten Mangels (zumindest geringfügig) vermindern liesse (vgl. VB.2019.00069 vom 13. Juni 2019, E. 3.5.2).

Ob die Missstände, an welchen sich die Rekurrenten stören, tatsächlich in einem genügenden Zusammenhang zu den Lokalitäten auf den streit betroffenen Grundstücken stehen, was die Rekursgegnerinnen bestreiten, ist mangels Offensichtlichkeit nicht im Rahmen der Eintretensprüfung zu entscheiden, da damit grundlegende materielle Vorbringen vorwegzunehmen wären. Ebenso ist im Rahmen der Eintretensprüfung nicht darüber zu befinden, ob sich die im Betreff des Bauentscheids aufgeführte "Verlängerung der Öffnungszeiten" bloss auf die Innenräume des Restaurants bezieht und die Rekurrenten damit, so die private Rekursgegnerin, von den zusätzlichen Lärmimmissionen nicht betroffen sein können. Auch dies ist im Zuge einer summarischen Prüfung nicht von vornherein klar. Die Rekurrenten haben in ihrer Rekurseingabe genügend glaubhaft gemacht, dass sich die Verlängerung der Öffnungszeiten auf das auf den Parzellen bestehende Ladenlokal beziehen könnte bzw. dass die Ladenöffnungszeiten zu Unrecht nicht baurechtlich geprüft worden seien. Auf was sich die Öffnungszeiten letztlich beziehen, ob durchgehende Ladenöffnungszeiten baubewilligungspflichtig sind und ob die angeprangerten Missstände tatsächlich in einem genügenden Zusammenhang mit den Betrieben auf den streit betroffenen Parzellen stehen, ist mangels Offensichtlichkeit nicht im Zuge der Legitimationsprüfung zu entscheiden.

Damit ist die Rekurslegitimation der Rekurrenten zu bejahen.

3.1.

Die Parteien sind sich sodann auch über den Inhalt der im Streit liegenden Baubewilligung uneins bzw. darüber, ob überhaupt ein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt.

In ihrer Rekursschrift gehen die Rekurrenten diesbezüglich davon aus, dass nebst dem bewilligten Bistro auch ein daran angeschlossenes Lebensmittelverkaufsgeschäft bewilligt worden sei, welches an sieben Tagen pro Woche und rund um die Uhr geöffnet habe. Entgegen den Bezeichnungen im angefochtenen Beschluss sei mithin nebst dem Gastronomiebetrieb

auch ein Verkaufslokal bewilligt worden, welches bereits letztes Jahr mit den Anpreisungen "Lebensmittel – Getränke, Bier – Wein – Spirituosen – Tabakwaren" in Betrieb genommen worden sei. Die Dimensionen des Verkaufslokals seien krass abweichend zu den bewilligten Grundrissplänen, in denen die Verkaufsfläche weitaus kleiner dargestellt sei. Dem Anschein nach seien die bewilligten durchgehenden Öffnungszeiten im Kontext mit dem Verkaufslokal zu sehen. Allerdings müsse wohl aber auch davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz die Öffnungszeiten des Ladenlokals – entsprechend ihrer unzulässigen Praxis – baurechtlich gar nicht geprüft habe, da sie zu Unrecht davon ausgehe, durchgehende Ladenöffnungszeiten seien nicht baubewilligungspflichtig.

Im zweiten Schriftenwechsel bringen die Rekurrenten weiter vor, aus den Baueingabeplänen sei zu schliessen, dass der Ladenbereich zugunsten des Restaurants verkleinert werden solle. Im angefochtenen Entscheid werde aber erwogen, dass die Pläne nicht mit der bereits ausgeführten Situation übereinstimmten. Dass nach Auffassung der Vorinstanz das bestehende Ladenlokal im Zuge des nun bewilligten Gastwirtschaftsbetriebes wegfallen werde, sei unzutreffend, zumal gemäss den Baueingabeakten ein separater Laden vorgesehen sei und aktuell auch ein grösserer Laden existiere. Auch die private Rekursgegnerin führe im Zuge des Schriftenwechsels nicht aus, dass das Ladenlokal vollständig entfernt werde. Insgesamt spiele es aber ohnehin keine Rolle, wie gross genau der Laden momentan sei und später effektiv ausfallen werde. Der Rekurs richte sich nicht gegen die Dimensionen des Ladens, sondern gegen den nächtlichen Alkoholverkauf im Laden sowie auch im Take-Away-Bereich. Entgegen den Vorbringen der privaten Rekursgegnerin seien die durchgehenden Öffnungszeiten des Ladens bisher noch nicht baurechtlich beurteilt oder bewilligt worden. Auch was die hier eventualiter beantragten Betriebsbeschränkungen für das Restaurant und für den Take-Away-Bereich betreffe (kein Verkauf von alkoholischen Getränken über die Gasse und keine Mitnahme von alkoholischen Getränken in der Zeit zwischen 24 Uhr und 8 Uhr), existiere bislang keine Bewilligung. Von einem Bestandesschutz könne gemeinhin nicht ausgegangen werden. Im Übrigen spiele es keine Rolle, ob der bestehende Laden durchgehend geöffnet sei. Aus dem Umstand, dass eine unzulässige Nutzung bereits aufgenommen worden sei, könne eine Bauherrschaft generell nichts für sich ableiten. Insgesamt sei davon auszugehen, dass der ganznächtlige Verkauf von alkoholischen Getränken Bestandteil des

streitgegenständlichen Bauprojektes sei. Die private Rekursgegnerin wolle mitunter rund um die Uhr Alkohol verkaufen, wobei aktuell unklar sei, ob dies nur von einem Take-Away-Bereich aus geschehen oder ob der aktuelle Ladenbereich beibehalten werde. Nur weil die Vorinstanz die Betriebszeiten des Ladens bzw. die Zulässigkeit des nächtlichen Alkoholverkaufs nicht baurechtlich beurteilt habe, bedeute dies nicht, dass es dem Rekurs deshalb an einem Anfechtungsobjekt fehle.

3.2.

Gegenstand des Rekursverfahrens kann nur sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war bzw. nach richtiger Rechtsanwendung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die Vorinstanz zu Recht nicht entschieden hat, fallen nicht in den Kompetenzbereich der Rekursinstanz, ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der erstinstanzlich verfügenden Behörde eingegriffen würde (Bertschi, Vorbemerkungen zu §§ 19-28a Rz. 45).

Weil die Rekursfrist von § 22 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) eine gesetzliche Verwirkungsfrist ist, entfalten nach Fristablauf vorgenommene Prozesshandlungen grundsätzlich keine Rechtswirkungen mehr. Dies jedenfalls dann, wenn die angefochtene Anordnung rechtsgenügend eröffnet wurde. Änderungen oder Ergänzungen von mit der Rekuserhebung gestellten Anträgen sind somit lediglich innerhalb der Rekursfrist möglich. Nach Fristablauf können die gestellten Anträge nur noch im Sinne eines Teilrückzugs reduziert werden. Auch die Ausübung des Replikrechts führt nicht dazu, dass nach Ablauf der Rekursfrist Rekursanträge geändert oder ergänzt werden können.

Wie der Antrag kann auch die Begründung des Rekurses nach Ablauf der Rekursfrist grundsätzlich nicht mehr erweitert werden. Im Rahmen des Replikrechts darf die Rekursbegründung nur hinsichtlich des von der Rekursgegnerschaft (einschliesslich allfälliger Mitbeteiligter) neu Vorgebrachten erweitert werden, und im Übrigen auch mit Bezug auf Akten, die innert der Rekursfrist aus objektiven Gründen nicht eingesehen werden konnten.

Als Folge der behördlichen Untersuchungspflicht (§ 7 Abs. 1 VRG) steht es indes im Ermessen der Rekursinstanz, auch verspätete Parteivorbringen zu berücksichtigen (RB 1994 Nr. 16; zum Ganzen Alain Griffel, in: Kommentar

VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 23 Rz. 16 und 23). Dieser Spielraum lässt sich auch daran erkennen, dass die Rekursinstanz auch nicht gerügte Aspekte in die Beurteilung einer angefochtenen Anordnung mit einbeziehen kann; dies vor allem dann, wenn offensichtliche Rechtsmängel vorliegen oder wenn nicht gerügte Rechtsmängel in einem (engen) Zusammenhang mit den Parteivorbringen stehen (VB.2014.00245 vom 4. Dezember 2014, E. 3.3, und dort zitierte Lehre).

3.3.1.

Wie die Rekurrenten zur Schlussfolgerung gelangen, dass mit dem vorliegend strittigen Beschluss ein 24h-Shop bewilligt worden sei, ist angesichts der Planeinzeichnungen in den Baueingabeakten nicht nachvollziehbar.

Wie sich den Akten entnehmen lässt (Grundrissplan Erdgeschoss, act. 9.3), ist der gegenwärtig bestehende Ladenbereich im Innern des Erdgeschosses als jener Bestandteil des Umbauprojekts markiert, der *rückgebaut* werden soll. Dies ergibt sich ohne Weiteres daraus, dass die Bezeichnung "Laden" im Plan gelb markiert bzw. unterstrichen ist (vgl. § 4 Abs. 2 Bauverordnungsverordnung [BVV]). Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass das gegenwärtig bestehende Ladenlokal (vgl. act. 5.1) durch die Erweiterung des Gastwirtschaftsbetriebs aufgehoben werden soll, so dass nach der Verwirklichung des Bauvorhabens an der besagten Adresse kein Laden (d.h. kein Einzelhandelsgeschäft) mehr existieren wird. Zu beurteilen ist sodann einzig der in den Austauschplänen, datierend vom 29. Juni 2020, beabsichtigte Endzustand (act. 9.3). Dass im Bauentscheid darauf hingewiesen wird, dass die in den (ursprünglichen) Baueingabeplänen vom 19. Dezember 2020 dargestellte Situation nicht mit der vor Ort bestehenden Situation übereinstimme, hat in Bezug auf den nun geplanten Umbau mit der beabsichtigten Vergrößerung der Gastwirtschaftsräumlichkeiten zulasten der Ladenfläche keine Relevanz (mehr).

Nachdem der Laden aufgehoben werden soll, stellt sich die Frage nach der baurechtlichen Relevanz von durchgehenden Ladenöffnungszeiten zwangsläufig nicht. Die rekurrentischen Vorbringen sind daher von vornherein ungeeignet, die Rechtmässigkeit des angefochtenen Beschlusses mit Bezug auf das angeblich geplante Einzelhandelsgeschäft in Frage zu stellen. Aus diesem Grund bzw. weil der Laden aufgehoben werden soll, fehlt es dem Rekurs mit Bezug auf den Laden bzw. dessen Öffnungszeiten und

dessen Verkaufsangebot von vornherein an einem tauglichen Anfechtungsobjekt.

3.3.2.

In der Rekurschrift nicht explizit bemängelt wird der Take-Away-Betrieb, welcher gemäss den roten Planeinzeichnungen mit neuen Kücheninstallationen (und auch gekühlten Verkaufsregalen) ausgestattet werden soll. Auch der Betrieb des (im Innenbereich erweiterten) Restaurants wird in der Rekurschrift nicht bemängelt. Zwar ist das rekurrentische Anliegen, den nächtlichen Verkauf von alkoholischen Getränken "über die Gasse" allgemein zu verbieten, Bestandteil der rekurrentischen Anträge (vgl. act. 2, S. 2). Auch werden seitens der Rekurrenten Anordnungen zur Konsumation und Verkaufsverbote zum Restaurant und zum "Shop" beantragt. Wie ausgeführt, finden sich in der *Rekursbegründung* dann aber keine Beanstandungen zum Restaurant oder zum Take-Away-Betrieb, sondern lediglich zu den 24h-Shops und dem (nach Auffassung der Rekurrenten) vermeintlich bestehenbleibenden 24h-Shop auf den vorliegend strittigen Parzellen. Erst im zweiten Schriftenwechsel – und damit grundsätzlich verspätet – stören sich die Rekurrenten ausdrücklich *allgemein* am nächtlichen Alkoholausschank, welcher Bestandteil des Bauprojektes sein soll, und zwar unabhängig davon, ob dieser nun von einem Laden bzw. 24h-Shop aus (d.h. einem Einzelhandelsgeschäft) oder von einem Take-Away-Betrieb aus (d.h. einem Gastrobetrieb) erfolge. Inwiefern ein Take-Away-Betrieb mit einem 24h-Shop vergleichbar sein soll, legen die Rekurrenten nicht dar. Es erscheint damit fraglich, ob die Rekurrenten ihre Rügen zum grundsätzlichen nächtlichen Alkoholverkauf in der Rekurschrift hinreichend begründet haben bzw. ob sie mit diesen Rügen im zweiten Schriftenwechsel mangels Rechtzeitigkeit überhaupt zu hören sind.

Losgelöst hiervon erweisen sich die Vorbringen zum grundsätzlichen nächtlichen Alkoholverkauf (durch das Restaurant und durch den Take-Away-Betrieb) indes nach Massgabe der nachstehenden Erwägungen inhaltlich ohnehin als unbegründet.

4.1.

Die Rekurrenten bestreiten die Zonenkonformität von 24h-Shops und machen in diesem Zusammenhang auch unzulässige Lärmimmissionen (Se-

kundärimmissionen) geltend. Der nächtliche Alkoholverkauf an der L.-Strasse und in deren Umgebung durch die 24h-Shops führe zu einem notorischen Missstand. Dieser sei darin zu sehen, dass bei guter Witterung riesige Menschenmassen ganznächtlich und auch unter der Woche das L.-Strassengebiet zu einer einzigen Freiluftparty verwandelten, was dazu führe, dass die Anwohner nachts mit erheblichen Lärmimmissionen und Dreck konfrontiert seien. In einem Gebiet, wo die Stadt einst zum Schutz der Anwohner das Rotlichtgewerbe und den Drogenhandel habe vertreiben wollen, sei nun ein grosser Dauer-Botellon mit vielen elenden Gestalten und den nächtlichen Alkoholverkaufszentralen entstanden. Der Zusammenhang zwischen den Missständen und den nächtlichen Alkoholverkäufen durch die 24h-Shops sei in zahlreichen Zeitungsartikeln thematisiert, bei den städtischen Polizeibehörden im Sinne einer Selbstverständlichkeit allseits bekannt, von den übrigen städtischen Behörden als grosses Problem wahrgenommen und auch Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen. Es könne daher nicht ernsthaft behauptet werden, der Kausalzusammenhang zwischen den 24h-Shops und dem dargelegten Missstand existiere nicht. Der mit den 24h-Shops einhergehende Alkoholverkauf in der Nacht sei nicht mit dem Zweck der vorliegenden Wohnzone vereinbar, da er dazu führe, dass sich der öffentliche Raum bei geeigneter Witterung zu einer riesigen Aussenwirtschaft verwandle. In einer Wohnzone stellten derartige Verhältnisse eine unzulässig starke Störung im Sinne von § 52 Abs. 2 PBG dar, wobei die hier betroffene Wohnzone nicht als weniger empfindlich zu werten sei als andere Wohnzonen und sich Differenzierungen von verschiedenen Arten von Wohnzonen auch nicht gestützt auf die kantonale Gesetzgebung zu den Ladenöffnungszeiten rechtfertigten. Die Vorschriften der kantonalen Gesetzgebung zu den Ladenöffnungszeiten hätten keinen raumplanungsrechtlichen Gehalt, weshalb aus ihnen nichts abgeleitet werden könne. Ausgehend von der offensichtlichen Kausalität zwischen den skizzierten Missständen und den 24h-Shops seien die damit verbundenen Immissionen als Sekundärimmissionen der 24h-Shops zu qualifizieren. Es könne nicht sein, dass aus Gründen der Vorsorge bei allen Gastronomiebetrieben angeordnet werde, die Aussengastronomie ab 22 Uhr zu schliessen, wohingegen die 24h-Shops mit ihrer Aussenlounge die Wirkung dieser Betriebszeitenbeschränkung für die Aussenwirtschaften zunichtemachten. Die beantragte Beschränkung des Alkoholverkaufs von 24.00 Uhr bis 08.00 Uhr sei gestützt auf das lärmschutzrechtliche Vorsorgeprinzip notwendig.

Im zweiten Schriftenwechsel machen die Rekurrenten weiter geltend, ein Baubewilligungsverfahren sei mit Blick auf Art. 22 des Raumplanungsgesetzes (RPG) bereits dann durchzuführen, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen den Begleiterscheinungen des Nachtlebens und den 24h-Shops nicht ausgeschlossen werden könne. Entscheidend sei hierbei einzig die Frage, ob Interessen der Öffentlichkeit oder der Nachbarschaft berührt sein könnten. Ein Nachbar, der übermässige Immissionen rüge, habe auch dann Anspruch auf die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens, wenn grundsätzlich keine Bewilligungspflicht bestehe. Nur dort, wo potentielle Rechtsverletzungen von vornherein ausgeschlossen werden könnten, entfalle die Bewilligungspflicht. Ganznächtliche Alkoholverkaufsstellen seien definitionsgemäss mit einem Nutzungskonflikt verbunden, ohne dass es hierbei auf die konkreten Verhältnisse ankomme. Mit Bezug auf die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen dem Alkoholverkauf und den nächtlichen Gelagen sei zu betonen, dass es nicht darauf ankommen könne, dass der Kundschaft von 24h-Shops verschiedene Verkaufsstellen zur Verfügung stünden und sich deshalb nicht sagen lasse, wer sein Getränk wo gekauft habe. Massgeblich sei, dass es die Missstände ohne die 24h-Shops bzw. ohne die Aussenlounge im Freien nicht geben würde. Es seien daher alle Verkaufsstellen im L.-Strassenperimeter baurechtlich zu prüfen.

4.2.

Die Bewilligungspflicht einer baulichen Massnahme ist im baurechtlichen Verfahren zu klären. Bei der Frage, ob ein solches Verfahren überhaupt einzuleiten ist, steht der Baubehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Bestehen Anhaltspunkte, dass ein bewilligungspflichtiger Sachverhalt im Sinne von Art. 22 RPG vorliegen könnte, hat die Baubehörde im Zweifelsfall ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren einzuleiten (VB.2020.00221 vom 22. Oktober 2020, E. 5 mit weiteren Hinweisen).

Enthält die Bau- und Zonenordnung keine nähere Umschreibung der zulässigen Nutzungen, verlangt das Verwaltungsgericht, dass Bauvorhaben nicht nur hinsichtlich der mit ihnen verbundenen Immissionen, sondern auch von der raumplanungsrechtlichen Zweckbestimmung her in eine bestimmte Zone passen (funktionale Betrachtungsweise; vgl. VB.2020.00221 vom 22. Oktober 2020, E. 6.2 mit weiteren Hinweisen). Die Frage, ob ein Betrieb funktional in eine Quartiererhaltungszone passt oder nicht und wel-

ches Störpotential von diesem ausgeht, ist mittels der im PBG verwendeten Begriffe nicht störend, mässig störend und stark störend zu beantworten.

Bei der Beurteilung der durch eine ortsfeste Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 des Umweltschutzgesetzes (USG) erzeugten Lärmimmissionen sind alle Lärmimmissionen zu berücksichtigen, die dem Betrieb zuzurechnen sind: unmittelbar mit dem Betrieb zusammenhängende Lärmimmissionen sowie sogenannte Sekundärmissionen. Zu den Sekundärmissionen zählt der Lärm, der von den Benützern ausserhalb der Anlage verursacht wird. Sekundärlärm ist einer Anlage nur dann zuzurechnen, wenn die Lärmverursachung in direktem Zusammenhang mit der Benutzung der Anlage erfolgt (VB.2020.00221 vom 22. Oktober 2020, E. 7.2 mit weiteren Hinweisen).

4.3.

Zunächst ist (nachdem es, wie gezeigt, nicht um das angeprangerte Ladenlokal gehen kann) mit Bezug auf den Restaurantbetrieb (ohne Take-Away-Bereich) davon auszugehen, dass insgesamt keine Notwendigkeit besteht, den Bauentscheid zur Prüfung der Öffnungszeiten aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ebenso kann nach Massgabe der nachstehenden Erwägungen von weitergehenden Anordnungen zum Restaurantbetrieb im Sinne der rekurrentischen Eventualanträge abgesehen werden.

Wie aus den Erwägungen des angefochtenen Entscheids erhellt, bezieht sich die im Betreff des Bauentscheids genannte "Verlängerung der Öffnungszeiten über Mitternacht hinaus" nur auf die Öffnungszeiten im Innenbereich des Restaurants (vgl. act. 3, Erw. C lit. j und lit. k), zumal die private Rekursgegnerin in diesem Zusammenhang noch Schallschutznachweise zum Innenlärm nachzubringen hat (Dispositiv-Ziffer I.21). Damit wurden die Öffnungszeiten des Restaurants (sowohl im Aussen- wie auch im Innenbereich) einerseits bereits baurechtlich geprüft (vgl. act. 3, Erw. C. lit. l). Andererseits darf davon ausgegangen werden, dass im Restaurant verkaufte alkoholische Getränke nach 22 Uhr auch im Restaurant selbst konsumiert werden, nachdem die Sitzmöglichkeiten im Aussenbereich ab 22 Uhr nicht mehr genutzt werden dürfen (act. 3, Erw. C lit. l). Für darüber hinausgehende Anordnungen, wie sie die Rekurrenten eventualiter beantragen (Verkaufsverbot von alkoholischen Getränken "über die Gasse" und Konsuma-

tionszwang im Innern der Liegenschaft), besteht somit keine Notwendigkeit. Im Übrigen wäre ohnehin, d.h. selbst wenn Restaurantgäste tatsächlich alkoholische Getränke nach 22 Uhr im Aussenbereich konsumieren würden, fraglich, ob die Rekurrenten einen praktischen Nutzen an entsprechenden Anordnungen durch die Behörden hätten. Lärmgeräusche gleich vor dem Resturanteingang dürften von den rekurrentischen Wohnungen aus (bei einer Luftdistanz von über 50 m zum Restaurant und aufgrund der in der Luftlinie situierten Häuserzeilen) nicht merklich wahrnehmbar sein. Unter diesen Umständen sind die Rekurrenten zur Erhebung der betreffenden Vorbringen, soweit diese das Restaurant betreffen, nicht legitimiert. Im Übrigen erweisen sich die Vorbringen, wie gezeigt, als unbegründet.

4.4.1.

Auch in Bezug auf den (hier einzig verbleibenden) Take-Away-Betrieb greifen die rekurrentischen Beanstandungen ins Leere.

Mit dem den Parteien bekannten Entscheid VB.2020.00221 vom 22. Oktober 2020 hat das Verwaltungsgericht die Öffnungszeiten eines 24h-Shops als nicht baubewilligungspflichtig qualifiziert. Was die Rekurrenten hiergegen einwenden, überzeugt nicht. Die umfangreichen Schilderungen der Rekurrenten zum Nachtleben im streitbetroffenen Geviert vermögen nichts aufzuzeigen, was der Rekursinstanz nicht bereits bekannt wäre. Aus diesem Grund konnte vorliegend auch auf die Durchführung des beantragten Augenscheins verzichtet werden (vgl. § 7 VRG). Das Baurekursgericht hat unbesehen von Parteianträgen nur dann einen Augenschein durchzuführen, wenn die Verhältnisse vor Ort zwar entscheidrelevant, auf Grund der Akten aber noch unklar sind. Diese Voraussetzung ist, wie aufgezeigt, vorliegend nicht erfüllt, so dass kein Augenschein durchzuführen war.

Wenn überhaupt davon ausgegangen werden könnte, dass das von den Rekurrenten monierte "kollektive Freiluftbesäufnis" des nächtlichen Publikums im L.-Strassengebiet, das "Aussenloungieren" im öffentlichen Raum und die damit geltend gemachte "Mediterranisierung der Gesellschaft" tatsächlich und ausschliesslich *nur* auf den nächtlichen Alkoholverkauf durch die 24h-Shops zurückzuführen wäre (so die Rekurrenten), wäre der Zusammenhang zwischen den Öffnungszeiten und dem Verkaufsangebot des streitbetroffenen Take-Away-Lokals (um das es hier einzig noch gehen kann) und den geltend gemachten Missständen im Geviert gleichwohl (im-

mer noch) nicht ersichtlich. Shops bzw. Betriebe, die rund um die Uhr geöffnet haben und Alkohol verkaufen, gibt es in der Umgebung der Wohnorte der Rekurrenten, wie diese selbst ausführen, *mehrere* (vgl. act. 5.10, S. 108). Auch die Rekurrenten behaupten schliesslich nicht ausdrücklich, dass die Lärmimmissionen der Kundschaft des hier streitbetroffenen Take-Away-Betriebs zuordenbar sind. Sie verkennen vielmehr, dass es für den hier zu beurteilenden Kausalzusammenhang zwischen dem angeprangeren Missstand und den strittigen Verkaufslokalen entscheidend ist, dass die Immissionen einem einzelnen Geschäft zuordenbar sein müssten, um einem Betrieb die Zonenkonformität abzusprechen oder unzulässige Lärmimmissionen (Sekundärlärm) zuordnen zu können. Der Take-Away-Betrieb mit kleinem Verkaufsangebot (vgl. die Planeinzeichnungen im Grundrissplan Erdgeschoss, act. 9.3) verfügt nicht (wie die meisten der 24h-Shops in der Umgebung) über eine ausgeschiedene Fläche im Aussenbereich, die darauf ausgelegt wäre, dass die Kundschaft für die Konsumation des Gekauften vor dem Betrieb verweilt. Das Konzept eines Take-Away-Lokals wie hier ist vielmehr darauf ausgerichtet, dass die Kundschaft nicht nur frei entscheiden kann, wo sie ihre Getränke und ihr Essen konsumieren will. Der Kundschaft soll durch den Betrieb insbesondere auch nicht eigens ermöglicht werden, dass die Konsumation vor dem Lokal erfolgt. Dies im Unterschied zu einer Bar oder einem Restaurant mit Aussenbereich, wo den Gästen ein Verweilen ermöglicht wird. Nach Verlassen des Betriebs steht die Kundschaft mithin auf öffentlichem Grund und inmitten der übrigen Menschenmassen, die das Lokal nicht aufsuchen, im Geviert. Angesichts der grossen Anzahl von Personen, die sich abends und nachts in der näheren und weiteren Umgebung aufhalten oder vorbeigehen, ohne das Take-Away-Lokal aufzusuchen, lässt sich das die Rekurrenten störende "Aussenlounghieren" diesem nicht konkret zurechnen.

Soweit die Rekurrenten gestützt auf ihre Annahme daher schlussfolgern, dass der kritisierte Missstand (Lärm und Verschmutzung im Quartier) einzig und allein aufgrund des Verkaufsangebotes von 24h-Shops oder des hier zu beurteilenden Take-Away-Betriebs eintritt, sind die Ausführungen von vornherein nicht geeignet, die angefochtene Baubewilligung in Frage zu stellen.

Losgelöst hiervon ist es sodann aber ohnehin auch nicht vorstellbar, dass der angeprangerte Missstand nur auf den Alkoholkonsum der zahlreichen

Feiergäste im Geviert zurückzuführen ist, nachdem in der Ausgangszene von Zürich auch der illegale Drogenkonsum ein altbekanntes Problem darstellt. Genauso wäre es abwegig, anzunehmen, dass die Lärmimmissionen nur oder überwiegend auf den Konsum von Alkohol zurückzuführen sind, der in den 24h-Shops erhältlich gemacht wurde. Abgesehen davon, dass Alkohol auch von zu Hause oder sonstwoher mitgebracht werden kann, strömen bekanntermassen zahlreiche Feiergäste, nachdem sie in den Bars und Clubs Alkohol konsumiert haben, ins nächste Lokal, begeben sich zu später Stunde auf den Heimweg oder verweilen nach einem Club- oder Barbesuch aufgrund der guten Infrastruktur auf der P. C. (mit Bänken, Brunnen und öffentlichen WC-Anlagen) ebenfalls noch im öffentlichen Raum, so dass Lärm und Schmutz zweifelsohne in erheblichen Ausmass auch durch derartige Bewegströme entstehen. Damit ist es auch unerheblich, dass Bargäste, so die Rekurrenten, ihre Getränke grundsätzlich nicht nach draussen nehmen dürfen.

4.4.2.

Unter diesen Umständen ist die Nähe bzw. Intensität des Kausalzusammenhangs zwischen der behaupteten Ursache der Freiluftpartys (Verkauf von Alkohol durch die durchgehend geöffneten Ladenbetriebe bzw. durch den hier strittigen Take-Away-Betrieb) und den angeprangerten Missständen nicht genügend eng. Für die nachts und insbesondere bei guten Wetter zahlreich anzutreffenden Menschenansammlungen, welche enthemmt Lärm und Schmutz verursachen, werden vielmehr verschiedene *Teilursachen* gesetzt, so dass der Verkauf von Alkohol durch die 24h-Läden oder durch andere Betriebe, die rund um die Uhr Alkohol verkaufen, nicht als direkte Folge der angeprangerten "Aussenlounge" angesehen werden kann. Erst durch das Zusammenspiel und die Ansammlung der verschiedenen Angebote von Clubs, Bars, Take-Away-Betrieben und 24h-Shops wird das L.-Strassengebiet zum beliebten Ausgehviertel und zur nach Auffassung der Rekurrenten verpönten Freiluftlounge (vgl. act. 5.10, S. 108). Die grosse Anziehungskraft der Ausgangsmeile und insbesondere der P. C. entsteht mithin nicht allein aufgrund der 24h-Shops, geschweige denn aufgrund des Angebots eines einzelnen Betriebs. Sowohl für die Frage der Zonenkonformität als auch für die Beurteilung der Lärmimmissionen (Sekundärmissionen) müsste der behauptete Kausalzusammenhang zum einzelnen Betrieb indes genügend eng sein (vgl. VB.2020.00221 vom 22. Oktober 2020, E. 6.7 und 7.2), um in dieser Hinsicht auf eine Unrecht-

mässigkeit schliessen zu können. Die umfangreichen Ausführungen der Rekurrenten zu den zahlreichen Zeitungsartikeln über das streitbetroffene Geviert, zum behördlichen bzw. polizeilichen Eingreifen bzw. Tolerieren der nächtlichen Gelage sowie zur Masterarbeit "Wenn die Nächte lauter werden" (act. 5.10) vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Im Gegenteil: Gerade auch mit Blick auf die Ausführungen in der ins Recht gereichten Masterarbeit wird deutlich, dass *erst* durch das Zusammenspiel der verschiedenen Nachtbetriebsangebote (24h-Shops, Take-Away-Betriebe, Bars und Clubs) die L.-Strasse selbst zum Ausgehort bzw. zur Aussenlounge wird (act. 5.10, S. 108).

Aus diesem Grund geht, wie die Rekursgegnerinnen richtigerweise ausführen, mitunter auch der Verweis auf die Rechtsprechung zur Zonenkonformität von Tankstellenshops und Hundepensionen fehl, weil der durch den Betrieb eines Tankstellenshops verursachte Autoverkehr diesem Shop klar und eindeutig zugeordnet werden kann, ebenso das Hundegebell dem Betrieb einer Hundepension. Ohne einen Parkplatz oder eigens ausgeschiedenen Aussenbereich sind die Lärmimmissionen dem streitbetroffenen Take-Away-Betrieb, wie aufgezeigt, demgegenüber nicht genügend zuordenbar.

Dass, so die Rekurrenten, die Ruhebedürfnisse der Anwohner des L.-Strassengevierts entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGr 1C_230/2019 vom 18. November 2019, E. 4.3) nicht minder wie die Ruhebedürfnisse anderer Anwohner derselben Zone gewichtet werden sollen, spielt nach dem Ausgeführten schliesslich keine Rolle. Weil die rekurrentischen Beanstandungen vorliegend (bereits) am genügenden Kausalzusammenhang scheitern, sind derartige Gewichtungen für die Beurteilung der bemängelten Zonenkonformität und der gerügten Lärmimmissionen nicht entscheidend; ebensowenig die Wertungen des kantonalen Gesetzgebers gemäss dem Ruhetags- und Ladenöffnungsgesetz sowie der Verordnung zum Ruhetags- und Ladenöffnungsgesetz. Selbst wenn indes solche Abwägungen mit in die Beurteilung einfließen müssten, könnte den Rekurrenten nicht gefolgt werden. Gemäss klarer, höchstrichterlicher Rechtsprechung können die Wertungen des kantonalen Gesetzgebers betreffend die Öffnungszeiten von Läden interessenabwägend berücksichtigt werden, ohne dass es darauf ankommt, ob den betreffenden Normen ein raumplanungsrechtlicher Gehalt zugesprochen werden kann. Ebenso fallen

nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die besonderen Ruhebedürfnisse von Anwohnern in einem Quartier mit zahlreichen Gastro- und Unterhaltungsbetrieben grundsätzlich nicht stark ins Gewicht, weswegen sich eine Gleichbehandlung mit anderen Bewohnern von Wohnzonen nicht zwingend aufdrängt (vgl. BGr 1C_230/2019 vom 18. November 2019, E. 4.3) und auch vorliegend nicht notwendig erscheint (vgl. VB.2020.00221 vom 22. Oktober 2020, E. 6.8).

Damit ist zusammenfassend zu schliessen, dass die Öffnungszeiten jeweiliger Ladenflächen sowie auch die nächtlichen Alkoholausschänke im Restaurant und im Take-Away-Betrieb nicht Gegenstand der hier angefochtenen Baubewilligung sind – und, wie aufgezeigt, dies auch nicht sein mussten. Von einem Zweifelsfall, der ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren zur Prüfung der Zonenkonformität oder der Sekundärimmissionen rechtfertigte, weil Interessen der Nachbarschaft durch das Bauvorhaben berührt sein könnten, kann nicht ausgegangen werden.

5.

Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

6.1.

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten den solidarisch für den ganzen Betrag haftenden Rekurrenten je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 VRG).

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 25 ff.).

Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 5'000.-- festzusetzen.

6.2.

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung richtet sich nach § 8 GebV VGr.

Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist in aller Regel als Grund für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend der privaten Rekursgegnerin zulasten der Rekurrenten eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 1'700.--. Da die Umtriebsentschädigung pauschal festgelegt wird, entfällt die Zusprechung eines Mehrwertsteuerzusatzes von vornherein (BRKE II Nrn. 0247 und 0248/2007 in BEZ 2007 Nr. 56; www.baurekursgericht-zh.ch).

[...]