



G.-Nr. R1S.2011.05004
BRGE I Nr. 0140/2011

Entscheid vom 8. Juli 2011

Mitwirkende Abteilungspräsident Felix Hess, Baurichter Ulrich Weiss, Baurichter Bruno Grossmann, Gerichtsschreiberin Sara Ramp-Burkhalter

in Sachen **Rekurrentin**

gegen **Rekursgegnerinnen**

1. Bausektion der Stadt Zürich, Amtshaus IV, 8021 Zürich
2. Stadt Zürich, Amt für Hochbauten, Lindenhofstrasse 21, 8021 Zürich

betreffend Bausektionsbeschluss Nr. BE 1865/10 vom 30. November 2010; Baubewilligung für Ersatzneubau Kinderhort, [.....]

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 30. November 2010 erteilte die Bausektion der Stadt Zürich dem Amt für Hochbauten der Stadt Zürich die baurechtliche Bewilligung für den Ersatzneubau eines Kinderhortes auf den Grundstücken Kat.-Nrn. [...]

B.

Gegen diesen Entscheid wandte sich XY mit Rekurseingabe vom 7. Januar 2011 an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung der oben genannten Bewilligung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

C.

Mit Referentenverfügung vom 11. Januar 2011 nahm das Baurekursgericht vom Rekurseingang Vormerk und eröffnete das Vernehmlassungsverfahren.

D.

Sowohl die private Rekursgegnerin als auch die Vorinstanz schlossen in ihren Vernehmlassungen vom 28. Februar 2011 beziehungsweise vom 1. März 2011 auf Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei, wobei die private Rekursgegnerin die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung beantragte.

E.

Die Rekurrentin beantragte am 17. März 2011 die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Ihr wurde daraufhin mit Präsidialverfügung vom

23. März 2011 Frist zur Einreichung einer Replik angesetzt. In ihrer Replik vom 13. April 2011 hielt die Rekurrentin an ihren Anträgen fest.

F.

Mit Präsidialverfügung vom 18. April 2011 wurde den Rekursgegnerinnen Frist zur Einreichung einer Duplik angesetzt. Beide Rekursgegnerinnen hielten in ihren Dupliken vom 4. beziehungsweise vom 9. Mai 2011 an ihren vernehmlassungsweise gestellten Anträgen fest.

G.

Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Es kommt in Betracht:

1.

Das Baugrundstück Kat. Nr. [...] liegt in der Zone für öffentliche Bauten (Oe4F) gemäss Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich (BZO), während das andere, zur Hauptsache betroffene Baugrundstück Kat.-Nr. [...] in der Wohnzone W3 liegt. Auf dem in der Zone für öffentliche Bauten liegenden Grundstück stehen die Schulhäuser Ilgen A und B sowie eine Turnhalle. Diese Gebäude sollen umgebaut und die Umgebung anders gestaltet werden. Die Bewilligungen dafür wurden in einem separaten Verfahren nachgesucht. Jenes Grundstück ist nur im Grenzbereich im Zusammenhang mit der Aussenraumgestaltung auf dem Grundstück Kat.-Nr. [...] betroffen. Auf diesem in der Wohnzone liegenden Grundstück steht zurzeit neben einem hier nicht weiter interessierenden Gebäude (in dem ein Kindergarten untergebracht ist) eine Holzbaracke, in welcher ein Kinderhort betrieben wird. Diese Holzbaracke soll abgerissen und durch einen Neubau ersetzt werden, in welchem ein zentraler Kinderhort betrieben werden soll. Der Hort soll mittelfristig 140 Kindern Platz bieten. Heute werden die Kinder in verschiedenen Gebäuden des Primarschulareals und seiner Umgebung betreut. Dem geplanten Gebäude und der Umgebungsgestaltung sollen

nicht nur die bestehende Holzbaracke sondern auch mehrere Bäume weichen. Da das Baugrundstück in einer Wohnzone mit einem vorgeschriebenen Mindestwohnanteil von 90% liegt, ersuchte die private Rekursgegnerin um Erteilung einer Ausnahmegewilligung im Sinne von § 220 PBG für die Unterschreitung des Wohnanteils, welche ihr mit der angefochtenen Bewilligung erteilt wurde. Zur Begründung führte die Vorinstanz in der Bewilligung aus, es lägen besondere Verhältnisse vor, da eine öffentliche Aufgabe erfüllt werde.

2.

Die Rekurrentin ist Eigentümerin der unmittelbar an das Baugrundstück grenzenden Parzelle Kat.-Nr. [...]. Aufgrund dieser Nähe und der vorgebrachten Rügen ist sie ohne weiteres im Sinne von § 338a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) zur Rekuserhebung legitimiert. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

Zum vorinstanzlichen Antrag auf Nichteintreten bezüglich der behaupteten Verletzung der Wohnanteilsvorschrift ist darauf hinzuweisen, dass der geltend gemachten Norm zwar in der Tat keine nachbarschützende Funktion zukommt. Da die Rekurrentin indes vom Bauvorhaben in legitimationsbegründender Weise betroffen ist, kann sie sich auf alle Vorschriften berufen, welche im Ergebnis zur Gutheissung des Rekurses führen oder zumindest auf den ersten Blick dazu geeignet erscheinen. Mit anderen Worten ist der angefochtene Verwaltungsakt unabhängig davon, ob den angerufenen Rechtsnormen ein spezifischer Schutzzweck zugunsten der Anfechtenden innewohnt, auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen, wenn die Legitimationsvoraussetzungen gegeben sind.

3.

Es wird die Durchführung eines Augenscheins beantragt (vgl. § 7 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]). Das Baurekursgericht hat unbesehen von Parteianträgen nur dann einen Augenschein durchzuführen, wenn die Verhältnisse vor Ort zwar entscheiderelevant, auf Grund der Akten aber noch unklar sind. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, so dass kein Augenschein durchzuführen war.

4.

Die Rekurrentin bringt zur Begründung ihres Rekurses zunächst vor, der Betrieb eines Kinderhortes sei keine Wohnnutzung im Sinne von § 52 PBG sondern ein Betrieb. Damit werde der Wohnanteil auf dem Baugrundstück 0% anstelle der erforderlichen 90% betragen. Besondere Gründe zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung seien nicht gegeben. Der geplante Kinderhort bedürfe einer Änderung des Wohnanteilsplans, wofür indes der Gesetzgeber zuständig wäre.

Dem halten Vorinstanz und private Rekursgegnerin entgegen, dass sehr wohl besondere Verhältnisse vorlägen, indem die Stadtzürcher Stimmbürger 2005 die Erstellung von zusätzlichen Kinderbetreuungsstätten verlangt habe. Der Anschluss eines Hortgebäudes an den „Lebensraum“ Schule sei für einen zeitgemässen Schulbetrieb als essentiell zu betrachten. Dass ein Kinderhort unmittelbar neben dem bestehenden Primarschulareal errichtet werden solle, liege insbesondere beim aktuellen Projekt aufgrund der örtlichen Verhältnisse nahe: Heute würden die Kinder in verschiedenen Gebäuden dieses Areals und seiner Umgebung betreut. Das Bauvorhaben ermögliche es, einen zentralen Kinderhort zu betreiben. Taugliche Alternativen gebe es in der näheren Umgebung nicht. Es lägen daher ortsbezogene, besondere Umstände vor, welche im Sinne der erwähnten Bestimmung einen Ausnahmetatbestand schafften. Die Vorinstanz betont zudem insbesondere, dass das öffentliche Interesse an Kinderkrippen- und Hortlokalen meist stärker zu gewichten sei als das öffentliche Interesse an der strikten Durchsetzung der Wohnanteilsvorschriften. In Anbetracht des hohen öffentlichen Interesses an Einrichtungen der strittigen Art und der engen Verwandtschaft der Nutzung als Kindertagesstätte mit der Wohnnutzung erweise sich die Ausnahmegewilligung als rechtmässig.

5.1.

Gemäss § 220 PBG ist von Bauvorschriften im Einzelfall zu befreien, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, bei denen die Durchsetzung der Vorschriften unverhältnismässig erscheint (Abs. 1). Ausnahmegewilligungen dürfen nicht gegen den Sinn und Zweck der Vorschriften verstossen, von der sie befreien, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen, es sei denn, es würde die Erfüllung einer dem Gemeinwesen gesetzlich obliegenden Aufgabe verunmöglicht oder übermässig erschwert (Abs. 2). Ein

Nachbar darf durch Ausnahmegewilligungen von Vorschriften, die auch ihn schützen, nicht unzumutbar benachteiligt werden; Ausnahmegewilligungen dürfen jedoch nicht von der Zustimmung des Nachbarn abhängig gemacht werden (Abs. 3).

Die Erteilung eines Dispenses setzt das Vorliegen "besonderer Verhältnisse" voraus. Darunter sind Situationen zu verstehen, die wesentlich von den tatsächlichen Verhältnissen abweichen, welche der Gesetzgeber im Auge gehabt hat. Es handelt sich um Sachverhalte, die der Gesetzgeber bei richtiger Voraussicht anders normiert hätte, sodass ihnen die Allgemeinordnung nicht mehr gerecht zu werden vermag. Besondere Verhältnisse können namentlich in der Topographie, Form oder Lage des Baugrundstückes liegen.

Lassen sich die Überlegungen, die für die Begründung einer Ausnahmegewilligung angeführt werden, für eine Vielzahl von Fällen anstellen, so besteht keine Ausnahmesituation. Entsprechende Dispense zielen auf eine Änderung der gesetzlichen Ordnung ab und sind daher unzulässig. Keinen Ausnahmegrund bildet in der Regel der Umstand, dass die aus der Allgemeinordnung folgende Ablehnung der Baugewilligung für den Gesuchsteller Härten, Unbilligkeiten oder auch nur Unzulänglichkeiten mit sich bringt. Persönliche Verhältnisse und Anliegen vermögen regelmässig keine Dispenssituation zu begründen.

Schliesslich darf selbst beim Vorliegen besonderer Verhältnisse dann keine Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn negative Dispensvoraussetzungen (Abs. 2 und 3) erfüllt sind.

Was unter besonderen Verhältnissen und unter den negativen Dispensvoraussetzungen zu verstehen ist, regelt das kantonale Recht abschliessend, weshalb vorinstanzliche Entscheide in diesen Punkten vom Baurekursgericht frei überprüft werden können. Durch welche Abweichungen vom Gesetz einer Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist, liegt demgegenüber vorab im Ermessen der Gemeinde, sodass das Baurekursgericht nur gegen klar unvertretbare Lösungen einschreitet.

5.2.

Bisher hat das Baurekursgericht die Praxis der Vorinstanz, Horte und Krippe mittels eines Dispenses von der Einhaltung der Vorschriften über den Wohnanteil zu befreien, geschützt; so zuletzt im Entscheid BRKE I Nr. 0134/2009 vom 15. Mai 2009. Dies in Übereinstimmung mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (Bestätigung des vorgenannten BRKE in VB.2009.00324 vom 18. November 2009). Zur Begründung für die Erteilung des Dispenses wurde dort angeführt, dass ein öffentliches Interesse an der Bereitstellung von geeigneten Räumlichkeiten für Kindertagesstätten und Kindergärten mit professioneller Ganztagesbetreuung, welche der besseren Vereinbarkeit von Beruf und Familie dienen, bestehe. Aus dem geltenden Zonenplan der Stadt Zürich gehe hervor, dass öffentliche Kindergärten und Schulen der Zone für öffentliche Bauten zugewiesen und in der Regel von Wohnzonen umgeben seien. Private Kindergärten und Kindertagesstätten seien planerisch nicht in der gleichen Weise erfasst, benötigten jedoch ebenfalls einen Standort, welcher sich idealerweise im Wohnquartier der Eltern, entlang des Arbeitswegs oder am Arbeitsort befinde und kindgerechte Entfaltungsmöglichkeiten biete. Insofern lägen besondere Verhältnisse vor (E. 5.4).

Bei genauerer Betrachtung erweist sich diese Rechtsprechung als unhaltbar. Dass ein grosses öffentliches Interesse an zusätzlichen Betreuungsangeboten für Kinder im Vorschul- und Schulalter besteht, ist offensichtlich und unbestritten. Nun ist es aber so, dass ein Bedürfnis – und sei es noch so ausgewiesen – oder die Unmöglichkeit, das Bauvorhaben auf einem Grundstück in der näheren Umgebung zu realisieren, keine besonderen Verhältnisse im Sinne von § 220 PBG schafft. Vielmehr müssten dazu Umstände vorliegen, die gerade nur auf dem Baugrundstück und allenfalls ein paar wenigen anderen vorkommen, sodass eine Anwendung der Vorschriften zu stossenden Ergebnissen führen würde und sich aber angesichts der kleinen Zahl der Fälle eine Anpassung der gesetzlichen Ordnung weder aufdrängt noch sinnvoll erscheint. Da – wie die Rekursgegnerinnen vollkommen zu Recht ausführen – Kinderkrippen und Horte auf einen Standort in unmittelbarer Nähe von Elternhaus und Schule/Kindergarten angewiesen sind und gerade private Anbieter, aber wie vorliegend gesehen auch die öffentliche Hand, an solchen Lagen nicht auf Grundstücke mit tiefem oder keinem vorgeschriebenen Wohnanteil zurückgreifen können, handelt es sich in casu jedoch um eine Situation, in der für die Erstellung von Kinder-

betreuungseinrichtungen regelmässig von der Anwendung der Wohnanteilsvorschriften befreit werden müsste. Mit einer Vielzahl gleichlautender Dispense würde dann aber die gesetzliche Ordnung geändert, denn aus einer konstanten Rechtsprechung resultierte eine Art Automatismus bei der Erteilung entsprechender Ausnahmegewilligungen, mit anderen Worten wären die Vorschriften über den Wohnanteil auf Kindertagesstätten de facto nicht mehr anwendbar. Der Dispens gemäss § 220 PBG erweist sich somit nicht als das probate Mittel um der gegebenen Situation gerecht zu werden.

Gegen die Anwendung von § 220 PBG spricht auch, dass die Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich in Art. 6 Abs. 4 BZO für Betriebe und Einrichtungen, welche vorwiegend die in einem näheren Umkreis wohnende Bevölkerung mit Dingen oder Dienstleistungen des alltäglichen Bedarfs versorgen, eine Reduktion des Wohnanteils vorsieht (i.c. auf 66 %). Insofern wurden die Dispensmöglichkeiten in einer speziellen Vorschrift genauer definiert, und eine weitergehende Befreiung ist nur unter strengen Voraussetzungen möglich. Mit Art. 6 Abs. 4 BZO hat die Stadt Zürich auch dem Umstand Rechnung getragen, dass besondere Verhältnisse im Sinne von § 220 PBG, welche einen Dispens von der Einhaltung der Wohnanteilsvorschriften rechtfertigten, kaum vorstellbar sind.

Aufgrund fehlender besonderer Verhältnisse ist daher die erteilte Ausnahmegewilligung aufzuheben.

6.1.

Da vorliegend wie gezeigt keine Ausnahmesituation gegeben ist, ist zu prüfen, ob das Bauvorhaben überhaupt auf die Erteilung eines Dispenses angewiesen ist. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, gemäss ihrer Praxis handle es sich bei einer Kindertagesstätte nicht um Wohnnutzung, weshalb das vorliegend zu berteilende Projekt gegen die Vorschriften über den Wohnanteil verstosse.

Auf dem Baugrundstück ist ein Wohnanteil von mindestens 90 % einzuhalten. Die Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich enthält keine Definition des Wohnbegriffs; im die Kernzonen betreffenden Art. 40 Abs. 6 BZO ist lediglich festgehalten, dass Zweitwohnungen nicht an den Wohnanteil an-

zurechnen sind. Es ist daher mittels Auslegung zu klären, welche Nutzungen darunter zu subsumieren sind.

Bei der Auslegung kommunalen Rechts kommt den Gemeinden ein erheblicher Ermessensspielraum zu, sodass sich die Rekursinstanz bei der Entscheidüberprüfung entgegen ihrer grundsätzlich vollen Kognition (§ 20 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]) Zurückhaltung auferlegt. Sie ersetzt somit eine noch vertretbare Wertung der Gemeinde nicht durch eine eigene andere Wertung. Hingegen greift sie dann ein, wenn die Unhaltbarkeit des vorinstanzlichen Entscheides offensichtlich ist (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 20 Rz. 17 ff.).

6.2.

Wenn die Stadt Zürich nur die Nutzung von Räumen als Hauptwohnung als mit den Vorschriften über den Wohnanteil konform qualifiziert, so ist dies eine zwar strenge aber vertretbare Auslegung des Begriffs "wohnen". Das Bauvorhaben kann demnach auch nicht mit einer regulären Bewilligung genehmigt werden.

In Anbetracht dessen, dass unbestrittenermassen ein grosser Bedarf an schulergänzender Betreuung besteht und diese sinnvollerweise in der Nähe von Schule und Elternhaus stattfindet, drängt sich eine für alle Anbieter (öffentliche und private) grundsätzlich ohne Dispense funktionierende Lösung auf. Diese könnte in einer speziellen BZO-Vorschrift über die Vereinbarkeit von Kinderbetreuungsstätten mit dem Wohnanteilplan oder eventuell in einer Änderung der vorinstanzlichen Auslegung des Begriffs "wohnen" bestehen.

7.

Nachdem die angefochtene Bewilligung schon wegen der Verletzung der Wohnanteilsvorschriften aufzuheben ist, erübrigt sich eine Behandlung der übrigen Rügen.

8.1.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der angefochtene Beschluss in Gutheissung des Rekurses aufzuheben ist. Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Bei (teilweiser) Gutheissung eines Nachbarrekurses ist auch die Baubehörde bzw. die betreffende kantonale Amtsstelle als (teilweise) unterliegende Verfahrenspartei zu betrachten. Sie wird damit im Rechtsmittelverfahren neben der Bauherrschaft kostenpflichtig (VB.2004.00481 in RB 2005 Nr. 12). Ausgangsgemäss sind die Kosten daher zur einen Hälfte der Bauherrschaft und zur andern Hälfte der Vorinstanz aufzuerlegen.

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 Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Die Gerichtsgebühr beträgt in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG).

Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 4'000.-- festzusetzen.

8.2.

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (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 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr).

Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist in aller Regel als Grund für die Zuspreehung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend der Rekurrentin zu Lasten der privaten Rekursgegnerin eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Da diese pauschal festgelegt wird, entfällt die Zuspreehung eines Mehrwertsteuerzusatzes von vornherein (BRKE II Nrn. 0247 und 0248/2007 in BEZ 2007 Nr. 56; www.baurekursgericht-zh.ch).

Das Baurekursgericht erkennt:

I.

Der Rekurs wird gutgeheissen.

Demgemäss wird der Bauentscheid 1865/10 der Bausektion der Stadt Zürich vom 30. November 2010 aufgehoben.

II.

Die Kosten des Verfahrens, bestehend aus

Fr. 4'000.-- Gerichtsgebühr

Fr. 150.-- Zustellkosten

Fr. 4'150.-- Total

=====

werden je zur Hälfte der Bausektion der Stadt Zürich und der Stadt Zürich, Amt für Hochbauten, auferlegt. Rechnungen und Einzahlungsscheine werden den Kostenpflichtigen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides zugestellt. Die Kosten sind innert 30 Tagen ab Zustellung der Rechnung zu bezahlen.

III.

Die Stadt Zürich, Amt für Hochbauten, wird verpflichtet, XY eine Umtriebsschädigung von Fr. 1'200.-- zu bezahlen.

IV.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Militärstrasse 36, Postfach, 8090 Zürich, schriftlich Beschwerde eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift ist in genügender Anzahl für das Verwaltungsgericht, die Vorinstanz und jede Gegenpartei einzureichen. Die Beschwerdeschrift muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Der angefochtene Beschluss ist beizulegen. Die angerufenen Beweismittel sind genau zu bezeichnen und soweit möglich beizulegen.

V.

Mitteilung an:

