



G.-Nr. R2.2013.00095  
BRGE II Nr. 0013/2014

**Entscheid vom 28. Januar 2014**

Mitwirkende      Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichter Emil Seliner, Ersatzrichter  
Claude Reinhardt, Gerichtsschreiberin Sara Ramp-Burkhalter

in Sachen      **Rekurrierende**  
A. und E. T., [....]

gegen      **Rekursgegner**  
1. Gemeinderat X, [....]

**Mitbeteiligte**  
2. G. P., [....]

betreffend      Gemeinderatsbeschluss vom 4. Juni 2013; Verzicht auf Durchführung des  
nachträglichen Bewilligungsverfahrens für Aussenraum Kinderzentrum

---

**hat sich ergeben:**

**A.**

Am 14. Juni 2013 beschloss der Gemeinderat X, kein weiteres Bewilligungsverfahren für die Umnutzung des Wohnhauses auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1859 an der S.-Strasse 76 in X durchzuführen und stellte gleichzeitig fest, es bestehe kein sonstiger baurechtlicher Handlungsbedarf.

**B.**

Gegen diesen Beschluss wandten sich A. und E. T. mit gemeinsamer Rekurseingabe vom 12. Juli 2013 an das Baurekursgericht und stellten folgende Anträge:

- "1. Es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Vorinstanz einzuladen, über die Nutzung des Aussenraums der Liegenschaft S.-Strasse 76 durch das Kinderzentrum und das Aufstellen von Kinderspielgeräten (Grossschaukel etc.) ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen.
2. Eventuell seien zum Schutz der Liegenschaft der Rekurrierenden vor mehr als nur geringfügigen Lärmimmissionen weitergehende bauliche oder betriebliche Auflage im Sinne der nachstehenden Begründung zu erlassen.
3. Es sei ein Kommissionsaugenschein an Ort und Stelle durchzuführen und ein Lärmgutachten einzuholen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerschaft."

**C.**

Mit Präsidialverfügung vom 17. Juli 2013 nahm das Baurekursgericht vom Rekurseingang Vormerk und eröffnete das Vernehmlassungsverfahren.

**D.**

Während die Mitbeteiligte in ihrer Vernehmlassung vom 13. September 2013 auf Nichteintreten, eventualiter Abweisung des Rekurses unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrierenden, schloss, verzichtete die Vorinstanz auf die Vernehmlassung.

**E.**

Die Rekurrierenden reichten am 4. Oktober 2013 eine Replik ein, in welcher sie an ihren Anträgen festhielten. Auch die Mitbeteiligte hielt in ihrer Duplik vom 21. Oktober 2013 an ihren Anträgen fest. Die Vorinstanz liess sich nicht vernehmen.

**F.**

Mit Präsidialverfügung vom 14. November 2013 lud das Baurekursgericht die Parteien zur Stellungnahme zu einer einstweiligen Sistierung des Verfahrens ein.

**G.**

Während die Rekurrierenden gemäss ihrer Eingabe vom 3. Dezember 2013 mit einer Sistierung des Verfahrens einverstanden waren, lehnte dies die Mitbeteiligte mit Eingabe vom 4. Dezember 2013 ab.

Das Rekursverfahren wurde gemäss Präsidialverfügung vom 9. Dezember 2013 nicht sistiert und den Parteien wurde angezeigt, dass keine weiteren Abklärungen zum Sachverhalt erforderlich seien.

**H.**

Auf die Vorbringen der Parteien ist, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen einzugehen.

**Es kommt in Betracht:**

**1.**

[...]

**2.**

Die Mitbeteiligte betreibt in der Doppeleinfamilienhaushälfte an der S.-Strasse 76 eine Kindertagesstätte, in der maximal 17 Kinder im Alter von 3

Monaten bis Ende Kindergarten sowie maximal 5 Primarschüler betreut werden. Diese Nutzungsänderung war von der Vorinstanz am 24. Januar 2012 bewilligt worden. Das Baurekursgericht wies einen gegen jene Bewilligung erhobenen Rekurs mit (inzwischen rechtskräftigem) Entscheid vom 19. Juni 2012 ab. Die Rekurrierenden gelangten mit einer Lärmklage an die Vorinstanz und forderten zudem die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens für die Umnutzung des Gartens des Doppelfamilienhauses sowie das Aufstellen diverser Spielgeräte in diesem Garten. Mit dem angefochtenen Beschluss hat die Vorinstanz jegliche Handlungsmöglichkeit und -notwendigkeit verneint.

### **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 entscheidrelevant, auf Grund der Akten aber noch unklar sind. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt, so dass kein Augenschein durchzuführen war.

### **4.1.**

Die Rekurrierenden sind Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. 1860 auf der die Doppelfamilienhaushälfte an der S.-Strasse 74 steht. Das rekurrentische Grundstück stösst damit direkt an das Baugrundstück Kat.-Nr. 1859. Als Anzeigerstatter und aufgrund dieser Nähe und der vorgebrachten Rügen – übermässige Lärmimmissionen, unbewilligte Nutzungsänderung und Bauten – sind die Rekurrierenden ohne weiteres im Sinne von § 338a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) zur Rekurerhebung legitimiert.

### **4.2.**

Die Mitbeteiligte stellt sich auf den Standpunkt, die Rekurrierenden hätten es verpasst, den ursprünglichen Bauentscheid über die Umnutzung der Doppelfamilienhaushälfte zu verlangen. Dies sei jedoch gemäss § 315 f. PBG unabdingbare Voraussetzung für die Wahrung des Rekursrechts.

Gemäss §§ 315 f. PBG hat, wer Ansprüche aus dem Planungs- und Baugesetz geltend machen will, innert 20 Tagen seit der öffentlichen Bekanntmachung bei der örtlichen Baubehörde schriftlich die Zustellung des oder der baurechtlichen Entscheide zu verlangen. Wer dies nicht rechtzeitig tut, hat das Rekursrecht verwirkt.

Die Mitbeteiligte verkennt, dass vorliegend nicht die ursprüngliche Bewilligung zur Nutzung der Doppeleinfamilienhaushälfte als Kindertagesstätte im Streit steht. Vielmehr haben die Rekurrierenden zum einen eine Lärmklage erhoben und monieren zum andern die Erstellung von ihrer Meinung nach bewilligungspflichtigen Anlagen ohne entsprechende baurechtliche Bewilligung. Beide Vorbringen können jederzeit und unabhängig von anderen Bewilligungs- und Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden. Abgesehen davon hat bei der formell widerrechtlichen Erstellung von Bauten mangels durchgeführtem Baubewilligungsverfahren gerade keine öffentliche Bekanntmachung stattgefunden, weshalb die Regelung §§ 315 f. PBG von vornherein nicht zur Anwendung kommen kann. Die Rüge, die Prozessvoraussetzung von § 315 PBG sei nicht erfüllt, geht damit ins Leere.

#### **4.3.**

Die Mitbeteiligte hält im Weiteren dafür, das Baurekursgericht sei für die Behandlung des vorliegenden Rekurses mangels angehobenen Baubewilligungsverfahrens nicht zuständig; die Rekurrierenden hätten vielmehr gemäss §19b Abs. 2 lit. c des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) an den Bezirksrat gelangen müssen.

Die Mitbeteiligte übersieht, dass § 19b Abs. 3 VRG abweichende gesetzliche Regelungen bezüglich Zuständigkeit zur Behandlung von Rekursen vorbehält. In § 329 PBG wurde eine solche abweichende gesetzliche Regelung getroffen. Danach werden, wo das Planungs- und Baugesetz nichts anderes bestimmt, Streitigkeiten in erster Instanz durch das Baurekursgericht entschieden. Da vorliegend baurechtliche Tatbestände (Bewilligungspflicht, Nutzungseinschränkungen) im Streit liegen, ist das Baurekursgericht zu deren Behandlung und damit zur Beurteilung des angefochtenen Beschlusses zuständig.

Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

## 5.

Die Rekurrierenden machen zunächst geltend, im ursprünglichen Baubewilligungsverfahren sei nur die Umnutzung des Wohnraums beurteilt worden. Die Mitbeteiligte verfüge daher über keine baurechtliche Bewilligung zur Bewerbung der Umgebungsflächen, was ein nachträgliches Bewilligungsverfahren zwingend erforderlich mache.

Dem ist entgegen zu halten, dass zum einen die Nutzung des Gartens sehr wohl Bestandteil der ursprünglichen Bewilligung vom 24. Januar 2012 war. Der dort verwendete Begriff des "Wohnraums", welcher in ein Kinderzentrum umgenutzt werden sollte, ist nicht Raum im Sinne von Gebäude zu verstehen, sondern bezieht sich auf die *Wohnnutzung*. Auch aus dem die Baubewilligung schützenden Rekursentscheid BRGE II Nr. 0101/2012 (E. 6 in fine) geht klar hervor, dass auch der auf dem Baugrundstück gelegene Garten Bestandteil des Baugesuchs und der Bewilligung war, heisst es doch dort: "Sollte der Lärm wider Erwarten das zulässige Mass überschreiten, wären allenfalls weitere zeitliche Einschränkungen für den Aufenthalt im Freien oder für gewisse Tätigkeiten in bestimmten Räumen denkbar."

Der rekurrentische Vergleich mit einem Gartenrestaurant, für das ebenfalls eine separate Bewilligung erforderlich sei, hinkt. Es wurde im ursprünglichen baurechtlichen Entscheid explizit festgestellt, dass Kindertagesstätten der Wohnnutzung zuzurechnen sind (act. 12.1, E. b). Damit ist die Nutzung selbstverständlich auch im Garten zulässig. Eine separate Bewilligung ist nicht erforderlich.

## 6.

Die Rekurrierenden halten im Weiteren dafür, dass die diversen Spielgeräte, insbesondere die Grossschaukel und der mit einer auffälligen und fest installierten Beschattungsanlage ausgerüstete Sandkasten bewilligungspflichtig seien.

Demgegenüber stellen sich Vorinstanz und Mitbeteiligte auf den Standpunkt, es handle sich, soweit die Spielgeräte überhaupt fest mit dem Boden verbunden seien, um in Einfamilienhausgärten übliche Spielgeräte, welche keine relevanten Auswirkungen auf die Umgebung hätten und somit keiner Bewilligungspflicht unterstünden.

## 7.1.

Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes (RPG) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden. Die Kantone können nichts von der Bewilligungspflicht ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf. Hingegen können sie den Kreis der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen weiter fassen.

Der Begriff "Bauten und Anlagen" ist bundesrechtlich nicht umschrieben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich um künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen.

Neben den eigentlichen Bauten im alltagssprachlichen Sinne können auch andere Massnahmen wie etwa blosse Geländeänderung bewilligungspflichtig sein. Ob eine Massnahme dem Bewilligungsverfahren zu unterwerfen ist, beurteilt sich letztlich danach, ob mit dieser so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass das Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle zu bejahen ist. Der Bewilligungspflicht unterstehen damit namentlich auch Nutzungsänderungen, die nicht mit baulichen Massnahmen verbunden sind, sofern sie erhebliche Auswirkungen zeitigen und damit als raumrelevant einzustufen sind (vgl. zum Ganzen BGE 113 Ib 222 ff., E. 3a).

Im kantonalen Recht sind die bewilligungspflichtigen Tatbestände in § 309 Abs. 1 PBG und die von der Bewilligungspflicht befreiten Massnahmen in § 1 der Bauverfahrensverordnung (BVV) aufgezählt. Die Befreiung von der Bewilligungspflicht entbindet regelmässig nicht davon, die Vorschriften des materiellen Rechts einzuhalten (§ 2 Abs. 2 BVV).

Im Bewilligungsverfahren ist nicht nur zu prüfen, ob Bauten und Anlagen bewilligungsfähig sind, sondern auch, ob eine bauliche Massnahme überhaupt einer Bewilligung bedarf. Bei der Frage, ob ein Bewilligungsverfahren einzuleiten oder aber hiervon abzusehen ist, steht der Baubehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Im Zweifelsfall ist die Einleitungspflicht zu bejahen (VB.2004.00074 in BEZ 2004 Nr. 47).

## **7.2.**

Bei der streitbetroffenen Schaukel handelt es sich um eine sogenannte Nestschaukel. Sie ist an einem deutlich über 3 m hohen und rund 4 m breiten Gerüst aus Baumstämmen aufgehängt. Das Gerüst ist fest im Boden verankert. Die Nestschaukel wird üblicherweise von mehreren Kindern gleichzeitig benutzt, was entsprechende Lärmimmissionen zur Folge hat. Es handelt sich dabei offensichtlich nicht um ein Spielgerät, welches üblicherweise im Garten von Einfamilienhäusern steht; vielmehr sind solche Nestschaukeln für öffentliche Spielplätze, Schulen und Kindergärten gedacht.

Als weiteres Möblierungselement fällt die Beschattungsinstallation des Sandkastens ins Auge. Auch diese sprengt den Rahmen des in einem Privatgarten Üblichen. Sie ist ebenfalls fest im Boden verankert und erreicht im ausgefahrenen Zustand beachtliche Dimensionen.

Insgesamt erinnert der Garten eher an einen öffentlichen Spielplatz als an den Umschwung eines Einfamilienhauses, und selbst wenn es im Ermessen der Vorinstanz läge, einzelne der Ausstattungselemente als nicht bewilligungspflichtig zu qualifizieren, haben sie in ihrer Gesamtheit offensichtlich zumindest optisch raumrelevante Wirkung. Eine Überprüfung der Ausstattung des Gartens auf seine Übereinstimmung mit dem öffentlichen Baurecht erscheint daher zweifelsohne erforderlich.

Für das im Übrigen monierte Kinderhaus, die Luftburg und das Planschbecken besteht offensichtlich keine Bewilligungspflicht, da sie zum einen – wie selbst die Rekurrierenden einräumen – nur gelegentlich aufgestellt werden und zum andern solche Anlagen auch im Garten eines gewöhnlichen Einfamilienhauses üblich sind.

## **7.3.**

Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens ist in Anbetracht der örtlichen Verhältnisse und der Platzierung insbesondere der Nestschaukel nahe der Grenze zum rekurrentischen Grundstück der Lärmsituation besondere Beachtung zu schenken. Auch wenn der Aufenthalt der Kinder im Freien grundsätzlich zulässig ist, schliesst dies beispielsweise eine zeitliche Beschränkung der Nutzung dieser Schaukel nicht aus.

**8.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Rekurs bezüglich der Einleitung eines Baubewilligungsverfahrens für die raumrelevante Möblierung des Gartens gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen ist.

[....]