



G.-Nr. R2.2014.00084
BRGE II Nr. 0166/2014

Entscheid vom 2. Dezember 2014

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichter Emil Seliner, Baurichter Stefano Terzi, Gerichtsschreiberin Nicole Herzig

in Sachen **Rekurrierende**
S. und B. B., [....]

gegen **Rekursgegnerschaft**
1. Planungs- und Baukommission X, [....]
2. F. und A. L., [....]

betreffend Verfügung der Planungs- und Baukommission vom 23. Mai 2014; Nutzungsänderung, nachträgliche Bewilligung für Hundebetreuung

hat sich ergeben:

A.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2014 erteilte der Präsident der Planungs- und Baukommission X dem Ehepaar F. und A. L. die nachträgliche baurechtliche Bewilligung für eine Hundebetreuungsstätte.

B.

Hiergegen wandten sich S. und B. B. mit Rekurseingabe vom 19. Juni 2014 fristgerecht an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und stellten folgende Anträge:

- "1. Es sei Ziff. 1 der Präsidialverfügung aufzuheben und die baurechtliche Bewilligung/Nutzungsänderung für Gewerbe auf dem Grundstück Kat.-Nr. 0000, Gemeinde X, zu verweigern;
2. Eventualiter sei Ziff. 1.2 der Präsidialverfügung aufzuheben, und der Betrieb auf den Aufenthalt von maximal 3 Hunden zu beschränken;
3. Subeventualiter sei das Verfahren an die Gemeinde X zurückzuweisen und dieser aufzutragen, anstelle des Anzeigeverfahrens ein ordentliches baurechtliches Verfahren durchzuführen;
4. Es sei dem Rekurs aufschiebende Wirkung zu erteilen, und es sei den Rekursgegnern mit Einräumung einer kurzen Übergangsfrist zu verbieten, gewerbsmässig Hunde zu betreuen, bis über die Baubewilligung rechtskräftig entschieden ist;
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegner."

C.

Mit Verfügung vom 25. Juni 2014 wurde vom Rekurseingang Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

D.

Das Gesuch der Rekurrierenden um vorsorgliche Einstellung des Betriebes (Rekursantrag Ziff. 4, zweiter Halbsatz) wurde nach vorheriger Anhörung der Rekursgegnerschaft mit Verfügung vom 8. August 2014 abgewiesen.

E.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 25. Juli 2014 die Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge zulasten der Rekurrierenden.

Die private Rekursgegnerschaft stellte mit Rekursantwort vom 21. August 2014 ebenfalls Antrag auf Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrierenden.

F.

Mit Replik vom 11. September 2014 hielt die Rekurrentschaft an ihren Anträgen fest.

Die Rekursgegnerschaft hielt mit Dupliken vom 6. und 7. Oktober 2014 ebenfalls an ihren Anträgen fest.

G.

Auf die Parteivorbringen wird, soweit entscheidnotwendig, in den nachstehenden Erwägungen Bezug genommen.

Es kommt in Betracht:

1.

Gemäss § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) ist zum Rekurs berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung hat. Der Nachbar eines Bauvorhabens ist dann zum Rekurs berechtigt, wenn er über eine hinreichend nahe räumliche Beziehung zum Baugrundstück verfügt und wenn er darüber hinaus durch die Erteilung der Baubewilligung mehr als die Allgemeinheit in eigenen Interessen berührt ist (BGE 103 Ib 149 f. Erw. 4; 104 Ib 256 Erw. 7 d).

Die Rekurrierenden sind Stockwerkeigentümer des südlich an das streitbetreffene Grundstück angrenzenden Grundstückes. Als Nachbarn sind sie angesichts der gerügten Beeinträchtigungen (insbesondere mangelnde Zonenkonformität und Lärmimmissionen) mehr als beliebige Dritte vom Bauvorhaben betroffen und damit grundsätzlich zum Rekurs legitimiert. Da auch die übrigen formellrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

2.

Das Baugrundstück liegt in der Wohnzone W2 und ist im nordöstlichen Bereich mit einem im Grenzbau an das östlich benachbarte Gebäude angebauten Wohnhaus überstellt. Die private Rekursgegnerschaft ist Mieterin der Parterrewohnung der Liegenschaft, die sie bewohnt und in der sie seit rund drei Jahren eine Hundebetreuungsstätte betreibt. Gemäss Betriebskonzept werden bis zu acht Hunde gegen Entgelt betreut. Die Tiere werden zwischen 6.30 Uhr und 7.30 Uhr gebracht oder von den privaten Rekursgegnern abgeholt. Anschliessend wird ein Morgenspaziergang unternommen. Zwischen 10 Uhr und 13 Uhr halten sich die Hunde in der Wohnung und im Garten auf, danach werden sie erneut rund drei Stunden spazieren geführt. Ab ca. 16.30 Uhr sind sie wieder zurück. Die Rückgabe der Tiere an ihre Halter erfolgt bis 20 Uhr. Mit der angefochtenen Verfügung wurde die Nutzungsänderung für einen Betrieb mit maximal acht Hunden nachträglich bewilligt.

3.

Die baurechtliche Überprüfung der umstrittenen Hundebetreuungsstätte erfolgte aufgrund wiederholter Schreiben der Rekurrentenschaft an die Gemeinde X. Die angefochtene Verfügung erfolgte im Anzeigeverfahren und wurde den Rekurrierenden zugestellt. Damit wurden ihre verfahrensmässigen Rechte gewahrt, zumal im zürcherischen Baurecht kein Einspracheverfahren und damit auch keine Anhörung von allfällig betroffenen Nachbarn vorgesehen ist. Den Rekurrierenden entstand durch die Wahl des Anzeigeverfahrens keinerlei Nachteil, auch wenn die zu beurteilende Nutzungsänderung durchaus geeignet ist, sich auf die Nachbarschaft auszuwirken und daher im ordentlichen Verfahren zu behandeln gewesen wäre (vgl. § 325

Abs. 1 PBG). Auf eine Rückweisung an die Vorinstanz aus formellen Gründen kann deshalb verzichtet werden.

4.

Materiell machen die Rekurrierenden geltend, bei der Hundebetreuung handle es sich um ein störendes Gewerbe, welches gemäss Art. 4 der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde X (BZO) in der Wohnzone W2 nicht zulässig sei. Es handle sich um einen Dienstleistungsbetrieb, welcher mit einer Wohnnutzung nicht vereinbar sei. Sie stützten sich dabei auf die sogenannte "Berner Praxis", wonach in reinen Wohnzonen höchstens drei bis vier Hunde erlaubt seien. Der Betrieb generiere morgens und abends ein erhebliches zusätzliches Verkehrsaufkommen. Das Gebell im Garten, von dem den Hunden nur ein relativ kleiner Bereich von rund 100 m² zugewiesen sei, sei sehr störend, zumal sich die Tiere von 6.30 Uhr bis 20 Uhr (zeitweise auch an Wochenenden) in der Betreuung der privaten Rekursgegner befänden. Zudem führe die Versäuberung von acht Hunden (wobei diese Zahl zeitweise überschritten werde) zu Geruchsimmissionen und hygienisch unhaltbaren Zuständen, und das Baugrundstück verfüge über keine Abstellplätze.

5.

Die Vorinstanz vertritt die Ansicht, dass die bewilligte Nutzung in der Wohnzone W2 zonenkonform sei. Dem früher vorwiegend in immissionsrechtlicher Hinsicht verwendeten Begriff "nicht störend" seien in Wohnzonen Wohnungen, Büros, Ateliers und Praxen sowie Läden zugeordnet worden. Gewerbliche Nutzung sei in der Wohnzone W2 zulässig, soweit sie mit dem Wohnen vereinbar sei. Dazu gehöre alles, was zum Wohnen und alltäglichen Leben gehöre. Darunter fielen Einrichtungen für den täglichen Bedarf sowie der Kultur, Bildung und Sozialisierung. Der sogenannten "Berner Praxis" komme keine Bedeutung zu, da die Frage, ob etwas als nicht störend oder störend einzustufen sei, kommunales Recht betreffe. Haustiere gälten als "Familienmitglieder" und erfüllten wichtige soziale Funktionen. In der Gemeinde X habe Ende des Jahres 2013 die Anzahl der Kindergartenkinder 346, die der Primarschüler 835 und die der registrierten Hund 605 betragen. Diese Zahlen zeigten unmissverständlich, dass Hunde und Hundehaltung Teil der Wohnnutzung bildeten und entsprechende Be-

treuungsangebote genauso wie Kinderhorte zonenkonform seien. Die Immissionen, die aus einer professionell geführten Hundebetreuung resultierten, seien jedenfalls nicht störender als bei einem Hort oder Kindergarten.

6.

Die private Rekursgegnerschaft bringt ergänzend vor, Art. 4 BZO erlaube in Wohnzonen alle Nutzungen, welche mit dem Wohnen vereinbar seien und zum alltäglichen Leben gehörten. Dies treffe auch auf Schulhäuser, Kindergärten oder Kindertagesstätten zu, welche regelmässig als mit dem Zweck einer Wohnzone vereinbar beurteilt würden. Genauso gehöre das Halten von Hunden zur Wohnnutzung. Auch für sie bestehe eine Nachfrage nach Betreuungsstätten, welche genau gleich wie Kinderkrippen als nicht störend und damit zonenkonform einzustufen seien. Das Betriebskonzept sei darauf ausgerichtet, dass die Nachbarn nicht durch Hundegebell gestört würden. Im Gegensatz zu den von den Rekurrierenden vorgebrachten Fällen gehe es nicht um eine Dauerbetreuung, sondern nur darum, bis zu acht Hunde tagsüber aufzunehmen.

7.

Nach Art. 22 Abs. 2 lit. a des Raumplanungsgesetzes (RPG) müssen Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen.

Wohnzonen sind gemäss § 52 PBG in erster Linie für Wohnbauten bestimmt; dieser Nutzweise zugerechnet werden auch Arbeitsräume, die mit einer Wohnung zusammenhängen und in einem angemessenen Verhältnis zur eigentlichen Wohnfläche stehen (Abs. 1). Mässig störende Betriebe sind gestattet, wo die Bau- und Zonenordnung sie zulässt; stark störende und solche, die unverhältnismässig Verkehr auslösen, sind unzulässig (Abs. 3).

In der Wohnzone W2 der Gemeinde X sind gemäss Art. 4 BZO einzig nicht störende Betriebe gestattet.

Die kantonalrechtlichen Kategorien "nicht störend", "mässig störend" und "stark störend" waren ursprünglich vor allem, wenn auch nicht ausschliesslich Begriffe immissionsrechtlichen Gehaltes. Gemäss § 294 PBG in der Fassung vom 7. September 1975 galten, sofern die Bau- und Zonenord-

nung nichts anderes bestimmte, als zulässige Nutzweise in Kern- und Zentrumszonen: Wohnungen, Büros, Ateliers und Praxen, Läden, mässig störendes Gewerbe (lit. a); in Wohnzonen: Wohnungen, Büros, Ateliers und Praxen, Läden, nicht störendes Gewerbe (lit. b); in Industriezonen: Industrielle und gewerbliche Betriebe (lit. c). Gestützt auf diese Bestimmung wurde im Kanton Zürich in langjähriger Praxis eine verschiedenste Betriebe erfassende Kategorisierung in nicht, mässig und stark störende Betriebe geschaffen. So galten etwa Schneiderateliers als nicht störende und Schreibereien als mässig störende Betriebe. Damit wurde in einer typisierenden, der allgemeinen Erfahrung entsprechenden Umschreibung festgestellt, welchen Betrieben welches Immissionspotential zuzuordnen war, und wurden diese Betriebe mit den planungsrechtlichen Immissionsvorschriften in den einzelnen Zonen als nicht, mässig oder stark störende Betriebe zugelassen oder untersagt. Ob ein Betrieb aufgrund seiner konkreten Immissionen effektiv störte, war demgegenüber im Rahmen der kumulativ erfolgenden Anwendung der polizeilichen Immissionsvorschrift von § 226 PBG zu beurteilen (BRKE IV Nr. 14/1982 in BEZ 1982 Nr. 29; Elisabeth Brüngger, Bedeutung kantonaler und kommunaler Nutzungsvorschriften unter Berücksichtigung des Bundesumweltschutzes, PBG aktuell 2/1994, S. 5 ff., auch zum Folgenden).

Mit der Revision des Planungs- und Baugesetzes vom 1. September 1991 wurde die Bestimmung von § 294 altPBG aufgehoben. Nunmehr ist ausschliesslich in den die einzelnen Bauzonen definierenden Bestimmungen von §§ 50 ff. PBG festgehalten, in welchen Zonen nicht, mässig und stark störende Betriebe erlaubt sind bzw. durch die Bau- und Zonenordnung als zulässig erklärt werden können.

Mit der Einführung des Bundesumweltschutzrechtes haben kantonalrechtliche Bestimmungen, soweit sie dem Immissionsschutz dienen, ihre selbständige Bedeutung verloren. Nachdem der Bundesrat mit der Luftreinhalteverordnung und der Lärmschutzverordnung bundesrechtliche Vorschriften aufgestellt und insbesondere auch Grenzwerte festgelegt hat, sind die betreffenden Immissionen nur mehr nach diesen Regeln zu beurteilen (BGE 114 Ib 214 ff., E. 4a). Dementsprechend verbleibt den Bestimmungen über die Zulässigkeit von nicht, mässig und stark störenden Betrieben nur noch ein raumplanerischer, d.h. die Zonenkonformität beschlagender Gehalt, unter welchem Aspekt diese Vorschriften weiterhin beachtlich sind.

8.

Zonenvorschriften sind grundsätzlich generell und abstrakt formuliert. Welche Arten von Nutzungen nach ihrer Immissionsstärke in einer bestimmten Zone zugelassen bzw. verboten sind, wird in typisierten, der allgemeinen Erfahrung entsprechenden Umschreibungen ausgesagt. Die Beurteilung der Zonenkonformität erfolgt daher abstrakt, losgelöst von den konkreten Einwirkungen in der Nachbarschaft. Entscheidend ist, ob mit der betreffenden Nutzung typischerweise Belästigungen verbunden sind, die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist. Erst in einer zweiten Beurteilungsstufe ist – gestützt auf das Umweltschutzgesetz und seine Ausführungen – zu prüfen, ob der Betrieb auch hinsichtlich der konkreten, für die Umgebung resultierenden Immissionen mit der Wohnnutzung vereinbar ist (BGr, 1C_538/2011 vom 25. Juni 2012, E. 5.1.1).

Entsprechend ist bei der Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit einer gewerblichen Nutzung, worum es sich bei einer Hundebetreuung des vorliegenden Ausmasses gegen Entgelt im Gegensatz zu einer hobbymässigen Hundehaltung zweifelsfrei handelt, zwischen den raumplanerischen und den umweltrechtlichen Aspekten zu unterscheiden. Zunächst ist zu prüfen, ob sich das umstrittene Vorhaben in der Wohnzone W2 als zonenkonform erweist.

9.

Wohnzonen sind in erster Linie für Wohnbauten bestimmt. Die Wohnnutzung bildet den primären Zonenzweck. Betriebliche Nutzungen dürfen demnach nur dann bewilligt werden, wenn sie mit diesem Zweck zumindest vereinbar sind.

Erlaubt eine Gemeinde in einer Wohnzone nur nicht störende Betriebe, wie dies vorliegend in der Standortzone der Fall ist, sind an diese Vereinbarkeit offenkundig höhere Anforderungen zu stellen, als wenn auch mässig störende Betriebe zugelassen wären. Diese erhöhten Anforderungen an die Vereinbarkeit einer betrieblichen Nutzung mit Wohnnutzung lassen sich dahingehend umschreiben, dass Betriebe ihrem Wesen nach einwandfrei in eine Wohnzone passen müssen. In Lehre und Rechtsprechung wird für Wohnzonen, in denen nur nicht störende Betriebe zugelassen werden, verlangt, dass ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Betrieb und der

Wohnzone bestehen muss, indem der betreffende Betrieb der Befriedigung der täglichen Bedürfnisse der Quartierbevölkerung dient und damit für die Quartierbewohner eine bestimmte notwendige Funktion hat.

Die privaten Rekursgegner bieten in ihrer Gartenwohnung in der Wohnzone W2 eine Hundetagesbetreuung, einen Spazierdienst sowie Ferienplätze für Hunde an. Dass in der Gemeinde X wie auch in der weiteren Umgebung viele Hunde leben, wird nicht bestritten, wenn auch der zahlenmässige Vergleich mit den Kindergartenkindern insofern hinkt, als damit die Zahl aller Hunde zwei Jahrgängen an Kindern gegenübergestellt wird und auch unter Einbezug der Primarschüler noch immer die vier jüngsten Jahrgänge ausgelassen werden. Insbesondere besteht für Hunde keine Schulpflicht, und sie sollten grundsätzlich von ihren Haltern selber betreut werden können. Nichtsdestotrotz kommen auch Hundehalter regelmässig in die Situation, ihre Tiere tageweise betreuen lassen zu müssen, und nicht alle finden eine Lösung im privaten Bereich. Ein gewisser Bedarf an Hundebetreuungsplätzen ist unbestrittenermassen vorhanden.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein Betrieb, der eine solche Betreuung für bis zu acht Tiere professionell anbietet, zu einem erhöhten Verkehrsaufkommen und zudem zu atypisch konzentriertem Gebell der in einer Gruppe betreuten Hunde führt, in einer Wohnzone, in der nur nicht störendes Gewerbe zulässig ist, zonenkonform sei. Dies ist zu verneinen. Von einem typischen "stillen Gewerbe", das von seinem Charakter her einwandfrei in eine Wohnzone passen würde, kann keine Rede sein. Gemäss Bundesgericht führt die gewerbliche Haltung "von bis zu neun Hunden" (recte: von ca. 9 Hunden; in der Formulierung des Bundesgerichtes fehlt die Untergrenze) typischerweise zu Immissionen (insbesondere Bellen), die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist (BGr, 1C_538/2011 vom 25. Juni 2012, E. 5.1.2). Ferner trifft nicht zu, dass die Nutzung im Sinne der vorhergehenden Ausführungen derart eng mit dem Wohnen verknüpft ist, dass sie diesem zuzurechnen ist oder typischer- und sinnvollerweise innerhalb eines Wohnquartiers angeboten werden sollte. Im Gegensatz zu von den Kindern des Quartiers besuchten Kindergärten, Schulen und auch zu Horten (welche die Kinder vor oder nach der Schule aufsuchen), welche Einrichtungen allesamt für die Kinder auch ohne Begleitung durch Erwachsene erreichbar sein sollen, muss eine Hundebetreuungsstätte nicht im Wohnquartier der Hundehalter angesiedelt sein. Vielmehr bringen die Halter ihre Tiere, oder diese werden zu Hause oder

am Bahnhof X abgeholt. Das Einzugsgebiet deckt sich damit nicht typischerweise mit dem betroffenen Wohnquartier.

Auch kann ein Standort mitten in einem Wohnquartier nicht als ideal bezeichnet werden, da sich ein solches nicht für die täglichen Spaziergänge mit ganzen Hundegruppen eignet. Dies zeigt sich auch darin, dass die private Rekursgegnerschaft die Hunde gemäss dem vom Veterinäramt festgehaltenen Tagesablauf für die Spaziergänge mit dem Auto auf die Zürcher Allmend oder ins Gebiet Sihlhalde fahren muss (act. 5.10). Das Ausführen von (angeleinten) Hunden in grosser Zahl kann mit Beeinträchtigungen der Fussgänger verbunden sein, was gegen die Zonenkonformität spricht. Zonenkonformitätsüberlegungen haben ja gerade auch das Ziel, vor Beeinträchtigungen zu schützen, die nicht schon mit spezielleren Gesetzen (z.B. mit der Lärmschutzverordnung) abgewendet werden können. Ob es einem Quartierbewohner frei stünde, privat acht Hunde zu halten und gleichzeitig auszuführen, kann offen bleiben. Die Frage der Zonenkonformität stellt sich nur, wenn eine betriebliche Nutzung vorliegt.

Damit muss die Zonenkonformität eines solchen Betriebes in der betroffenen Wohnzone als nicht zonenkonform eingestuft werden.

Die Gemeinde verfügt zwar bei der Auslegung ihres eigenen Rechts über einen Beurteilungsspielraum, wenn dieses wie hier unbestimmte Rechtsbegriffe enthält. Auf der andern Seite ist der Beurteilungsspielraum der Gemeinde nicht unbeschränkt. Vielmehr steht das Recht auf wirksame Überprüfung auf derselben Stufe wie die Gemeindeautonomie. Diese beiden gleichrangigen Verfassungsnormen sind im Rahmen praktischer Konkordanz auszulegen (VB.2013.00788 vom 28. August 2014, E. 4.5).

Die Frage, ob der Beurteilungsspielraum einer Gemeinde bei der Auslegung ihres eigenen Rechts weiter reicht als bei der Auslegung kantonalen Rechts, hat das Verwaltungsgericht im zitierten Entscheid offen gelassen. Auch vorliegend kann diese Frage offen bleiben, ergibt sich doch im Lichte der vorstehend dargelegten klaren Sach- und Rechtslage, dass der Entscheid der Vorinstanz auch dann aufzuheben ist, wenn ihr ein erweiterter Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist (vgl. zum Ganzen Marco Donatsch, in: Kommentar VRG 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 § 20 Rz. 54 ff.).

10.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass es sich bei einer Hundebetreuungsstätte in diesem Umfang nicht mehr um ein nicht störendes, einwandfrei in eine Wohnzone passendes Gewerbe handelt, weshalb der umstrittenen Nutzungsänderung die Zonenkonformität abzusprechen ist. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine umweltrechtliche Beurteilung der vom Betrieb ausgehenden Immissionen.

Entsprechend ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Vorinstanz aufzufordern, der privaten Rekursgegnerschaft eine angemessene Frist zur Verlegung oder Aufhebung ihres Betriebes anzusetzen.

[....]