



G.-Nr. R3.2013.00144
BRGE III Nr. 0034/2014

Entscheid vom 26. März 2014

Mitwirkende Abteilungspräsident Felix Müller, Ersatzrichterin Gabriele Kisker, Baurichter Walter Linsi, Gerichtsschreiberin Elena Marioni-Quadranti

in Sachen **Rekurrentin**
Stockwerkeigentümergeinschaft XY, [...]

gegen **Rekursgegnerinnen**

1. Baukommission Z, [...]
2. Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitsbedingungen, 8090 Zürich
3. R. S., [...]

betreffend Baukommissionsbeschluss vom 5. September 2013; Baubewilligung für Umbau Bastelraum zu Imbissstube

hat sich ergeben:

A.

Mit Beschluss vom 5. September 2013 erteilte die Baukommission Z R. S. die baurechtliche Bewilligung für die Umnutzung zweier Bastelräume in eine Imbissstube. Am 15. Juli 2013 erliess das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) die Feststellungsverfügung Arbeitnehmerschutz, welche der Bauherrin koordiniert eröffnet wurde.

B.

Mit Eingabe vom 11. Oktober 2013 erhob die Stockwerkeigentümergemeinschaft XY hiergegen Rekurs mit den folgenden Anträgen:

- "1. Die angefochtene baurechtliche Bewilligung der Baukommission der Gemeinde Z vom 5. September 2013 sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei die angefochtene baurechtliche Bewilligung der Baukommission der Gemeinde Z vom 5. September 2013 insoweit aufzuheben, als darin keine bzw. unzureichende Massnahmen zum Schutz der Nachbarschaft vor Lärmimmissionen auferlegt werden. Dementsprechend sei der angefochtene Bauentscheid wie folgt zu ergänzen:
 - a) Massvolle Beschränkung der Anzahl Sitzplätze im Restaurant.
 - b) Beschränkung der Betriebszeiten des Restaurants von Montag bis Freitag auf die Zeit von 08:30 Uhr bis 20:00 Uhr und samstags/sonntags auf die Zeit zwischen 11:30 Uhr bis 20:00 Uhr.
 - c) Aufenthalts- und Verköstigungsverbot für Gäste des Restaurants ausserhalb desselben, insbesondere im Innenhof der Überbauung.
3. Subeventualiter sei die angefochtene baurechtliche Bewilligung der Baukommission der Gemeinde Z vom 5. September 2013 insoweit aufzuheben, als darin keine bzw. unzureichende Massnahmen zum Schutz der Nachbarschaft vor Lärmimmissionen auferlegt werden und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegenschaft."

In prozessualer Hinsicht stellte die Rekurrentin das Gesuch um Durchführung eines Augenscheins.

C.

Mit Präsidialverfügung vom 16. Oktober 2013 wurde vom Rekurseingang Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

Die kommunale Baubehörde reichte am 14. November 2013 ihre Vernehmlassung ein und schloss darin auf Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekurrentin. Am 16. Dezember 2013 erstattete die private Rekursgegnerin ihre Rekursantwort mit denselben Anträgen.

Die Rekurrentin replizierte am 17. Januar 2014. Mit Präsidialverfügung vom 22. Januar 2014 wurde der Rekursgegnerschaft die Möglichkeit eingeräumt zu duplizieren.

Das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) duplizierte mit Eingabe vom 4. Februar 2014. Die private Rekursgegnerin und die Vorinstanz reichten am 11. Februar 2014 bzw. am 12. Februar 2013 ihre Duplik ein.

Mit Eingabe vom 18. Februar 2014 reichte die Rekurrentin eine Triplik ein, welche der Rekursgegnerschaft zugestellt wurde.

D.

Auf die Parteivorbringen wird, soweit sie für die Entscheidungsfindung erforderlich sind, in den nachstehenden Erwägungen Bezug genommen.

Es kommt in Betracht:

1.

Das in der Wohnzone mit Gewerbeanteil liegende, der Empfindlichkeitsstufe (ES) II zugeteilte Grundstück, ist mit einem zweigeschossigen Gebäude überstellt. In diesem sind gemäss rekurrentischer Ausführung sowohl Bastelräume als auch Gewerbebetriebe untergebracht. Die private Rekursgegnerin beabsichtigt, zwei im Obergeschoss vorhandene Bastelräume mittels eines Wanddurchbruches zu verbinden und darin eine Imbissstube sowie einen Take-Away einzurichten. Den Kunden soll es daher möglich sein, die Speisen sowohl anderweitig als auch an einem der vorgesehenen Sitzplätze zu konsumieren.

Die Bauparzelle stösst im Osten an die B.-Strasse an. Um den rückwärtigen, grösstenteils begrünten Hofbereich sind Wohnhäuser angeordnet, welche aber keine geschlossene Überbauung bilden. Vielmehr sind jeweils zwei bzw. drei Wohnhäuser zu einer Zeile zusammengebaut, so dass insgesamt drei Zeilen auszumachen sind. An drei Seiten des quadratischen Hofbereichs steht je eine Wohnhauszeile. An der östlichen Seite desselben ist das streitbetroffene Gebäude situiert. Die Wohnhäuser der Rekurrentin bilden die westlich der Bauparzelle gelegene Wohnhauszeile. Das dem Baugrundstück am nächsten gelegene rekurrentische Wohnhaus ist derselben Zone zugeteilt wie ersteres selbst. Die beiden anderen zur Wohnzeile gehörenden Wohngebäude liegen hingegen in der Wohnzone und sind ebenfalls der Empfindlichkeitsstufe II zugeschrieben.

[....]

6.1.

Auf die Erstellung von Garderoben und Duschen wird – vorbehältlich eines einwandfreien Betriebs – im angefochtenen kommunalen Beschluss aus Gründen der Verhältnismässigkeit und weil zwei ortsansässige Personen den Betrieb führen werden, verzichtet. Hinsichtlich Abortanlagen schweigt sich der angefochtene Beschluss aus. Es wird einzig in allgemeiner Form auf den Leitfaden für Gastwirtschaftsbetriebe verwiesen.

Die Rekurrentin bringt hierzu vor, der strittige Restaurationsbetrieb sei als sog. A-Raum gemäss dem Leitfaden für Gastwirtschaftsbetriebe der Finanzdirektion Kanton Zürich zu betrachten. Die im besagten Leitfaden für besondere Gastwirtschaftsbetriebe teilweise vorgesehenen Erleichterungen seien vorliegend nicht anwendbar. Demzufolge seien für im streitbetroffenen Gastwirtschaftsbetrieb beschäftigte Personen zweckmässig eingerichtete Garderoben und Duschen für beiderlei Geschlecht vorzusehen. Weshalb die kommunale Baubehörde das Einrichten derartiger Räume als unverhältnismässig erachte, gehe aus dem angefochtenen Beschluss nicht hervor. Sodann seien gemäss Ziff. 4.2.1 und 4.2.2 des Leitfadens für Gastwirtschaftsbetriebe, §§ 11 lit. b und 2 BBV I, Art. 10 Abs. 1 Hygieneverordnung (HyV) sowie Art. 29 Abs. 3 und 32 Abs. 1 und 2 ArGV3 in Gastwirtschaftsbetrieben wenigstens zwei, nach Geschlechtern getrennte Gäste- und Angestelltenaborte erforderlich. Das Bauvorhaben sehe nur eines, umständlich erreichbares WC im Erdgeschoss der Liegenschaft vor.

6.2.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass die im Leitfaden vorgenommene Unterscheidung zwischen allgemeinen Gastwirtschaftsräumen (A-Räume) und besonderen Gastwirtschaftsräumen (B-Räume) bloss eine beispielhafte Aufzählung enthalte. Es bestehe daher ein grosses Ermessen und es bedürfe einer einzelfallweisen Auslegung. Das AWA habe in ihrer Feststellungsverfügung festgehalten, dass Garderoben, Wasch- und Toilettenanlagen in ausreichender Zahl vorhanden seien. Das Amt habe daher den fraglichen Betrieb als B-Raum qualifiziert. Der Betrieb werde von zwei ortsansässigen Personen betrieben, weshalb keine Duschen und Garderoben für das Personal vorzusehen seien.

Die private Rekursgegnerin schliesst sich diesen Ausführungen an. Ergänzend führt sie aus, dass Take-Away Betriebe mit bis zu 10 Sitzplätzen oder 20 Stehplätzen gemäss Entscheid BRKE I Nr. 277/2002 vom 13. Dezember 2002 keine Gästetoiletten benötigen. Der von der Rekurrentin genannte Leitfaden habe sodann nicht Gesetzes-, sondern lediglich Empfehlungscharakter.

6.3.

Replizierend führt die Rekurrentin aus, das AWA habe für den Fall, dass die Arbeitnehmer bei ihrer Tätigkeit besondere Arbeitskleidung tragen müssten, das Einrichten einer Garderobe angeordnet. Mit Verweis auf die vom Pizzaofen ausgehende Wärme habe es gar das Einrichten einer Dusche verlangt. Indem die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss anderes verfügt habe, habe sie sich über die Feststellungsverfügung des AWA hinweggesetzt und habe damit unzulässigerweise in die Zuständigkeit des AWA eingegriffen.

6.4.

Das AWA führt duplizierend aus, dass das Arbeitsgesetz nur auf Arbeitnehmende anwendbar sei. Für Betriebsinhaber sei das Gesetz nicht einschlägig. In den eingereichten Unterlagen werde die Arbeitnehmerzahl mit eins angegeben. Es sei aber unklar, ob es sich dabei tatsächlich um einen Arbeitnehmer oder den Betriebsinhaber handle. In der Feststellungsverfügung würden sodann grundsätzliche Angaben hinsichtlich Garderoben und Sanitärräumen gemacht. Stünden jedoch Duschen in privaten, in un-

mittelbarer Nähe zum Betrieb gelegenen Räumen zur Verfügung, so sei dem Arbeitsgesetz hinreichend Rechnung getragen.

Die Duplikaten der übrigen privaten Rekursgegner decken sich im Wesentlichen mit den in den Rekursantworten gemachten Ausführungen.

6.5.1.

Zunächst ist nochmals festzuhalten, dass von vornherein kein Widerspruch zwischen der kommunalen Baubewilligung und der Feststellungsverfügung des AWA vorliegen kann. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei letzterer baurechtlich betrachtet einzig um eine Stellungnahme zuhanden der allein entscheidungsberechtigten Baubehörde.

6.5.2.

In Art. 21 der Hygieneverordnung des EDI vom 23. November 2005 (HyV) werden die Anforderungen an die Personalhygiene geregelt. So müssen Lebensmittelbetriebe – zu welchen der vorliegende Betrieb zu zählen ist (vgl. Art. 2 Lebensmittelgesetz [LMG]) – über genügend Toiletten, über die nötigen Umkleideräume und über Einrichtungen zur Pflege der persönlichen Hygiene verfügen. Da Art. 21 HyV hygienische und nicht arbeitnehmerschutzrechtliche Ziele verfolgt, hat diese Norm unabhängig davon zu gelten, ob einzig der Betriebsinhaber oder Angestellte im Betrieb tätig sind. Gemäss § 11 der Besonderen Bauverordnung I vom 6. Mai 1981 (BBV I) müssen Arbeitsräume in hinreichender Zahl, Grösse und Art Abortanlagen und zweckmässige Waschelegenheiten mit fliessendem kaltem und warmem Wasser enthalten. § 12 BBV I bestimmt sodann, dass für Bauten und Anlagen mit Publikumsverkehr, wie Restaurants, Grossläden etc., für das Publikum nach Geschlechtern getrennte Abortanlagen in hinreichender Zahl, Grösse und Art bereitzustellen sind.

Die genannten Bestimmungen der BBV I und Art. 21 HyV statuieren generell die Pflicht zur Erstellung von Abortanlagen. Eine genaue Zahl lässt sich ihnen indessen nicht entnehmen. Es wird lediglich festgehalten, dass diese in hinreichender Zahl bereitzustellen seien. Durch diese Formulierung wurde ein Auslegungsspielraum geschaffen. Die Finanzdirektion des Kantons Zürich, Abteilung Wirtschaftswesen, hat am 18. Juli 1997 den Leitfaden Gastwirtschaftsbetriebe für die Erstellung und Einrichtung von Gastwirtschaftsbetrieben im Kanton Zürich (nachfolgend als "Leitfaden" bezeichnet) herausgegeben. Gemäss Ziffer III 4.1.1. des Leitfadens haben Gastwirt-

schaftsbetriebe für Gäste nach Geschlechtern getrennte Abortanlagen in hinreichender Zahl, Grösse und Art aufzuweisen. Betreffend Anzahl erforderlicher Gästeaborte gibt Ziffer III 4.2.1. vor, dass in Gastwirtschaftsbetrieben wenigstens zwei nach Geschlechtern getrennte Gästeaborte erforderlich sind. In der Regel ist je ein Gästeabort (oder Gästepissoir) für 25 Plätze in allgemeinen Gastwirtschaftsräumen (A-Räume) sowie für 35 Plätze in besonderen Gastwirtschaftsräumen (B-Räume) erforderlich. Für Ausgabestellen mit bis zu 10 Sitzplätzen oder 20 Stehplätzen sind keine Gästetoiletten vorgesehen. Für 10 gleichzeitig im Betrieb tätige Personen ist ein Abort erforderlich. Der Leitfaden hat zwar keinen Gesetzes- dafür aber Empfehlungscharakter. Als Richtlinie dient er unter anderem der Auslegung der geltenden baulichen Vorschriften für Gastwirtschaften. Er ist somit Basis für eine rechtsgleiche und gesamtkantonal einheitliche Auslegung der vorliegend strittigen Bestimmungen.

6.5.3.

Der für den Betrieb vorgesehene Raum weist eine Fläche von rund 44 m² auf. Die eine Hälfte des Raums soll dabei als Küche und Theke, die andere Hälfte als Sitzgelegenheit und Warteraum dienen. Als Sanitärraum dient ein im darunter liegenden Geschoss situiertes zur Mitbenutzung vorgesehenes WC, welches keine direkte Verbindung zum Betrieb aufweist, sondern über eine Aussentreppe erreicht werden kann.

Den Akten zufolge ist von maximal zwei im Betrieb tätigen Personen auszugehen. Für diese ist den vorstehenden Ausführungen zufolge eine Toilette vorzusehen. Diese muss indes nicht zwingend in den Räumlichkeiten des Betriebes eingerichtet werden. Zu verlangen ist lediglich, dass der Abort innert nützlicher Distanz zum Betrieb liegt und die Benützung jederzeit möglich ist (vgl. BRKE I Nr. 277/2002 in BEZ 2003 Nr. 17). Dem Betriebskonzept zufolge wohnen die im Betrieb voraussichtlich tätigen Personen, nämlich die private Rekursgegnerin und eine weitere Personen, in einer Fusswegdistanz von rund 400 m zum geplanten Betrieb. Dass die in ihren privaten Wohnräumen vorhandene Toilette nicht mehr als in nützlicher Distanz liegend bezeichnet werden kann, braucht keiner weiteren Erläuterung. Hingegen würde das zur Mitbenutzung vorgesehene WC im darunter liegenden Geschoss die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen.

Gemäss Leitfaden haben einzig Ausgabestellen keine Gästetoiletten aufzuweisen. Alle anderen Betriebe müssen mindestens für jedes Geschlecht

einen Abort vorsehen. Was unter einer Ausgabestelle im Sinne des Leitfadens zu verstehen ist, wird in Ziff. IV 2.1 desselben näher definiert. Dieser zufolge dient eine Ausgabestelle der Ausgabe von Speisen und Getränken zum Genuss an Ort und Stelle an die im Freien oder in einer allgemein zugänglichen Halle befindlichen Gäste. Sie ist räumlich und betrieblich selbstständig. Der Leitfaden befindet sich derzeit in Überarbeitung. Der im Entwurf vorliegende Leitfaden stimmt hinsichtlich der Definition einer Ausgabestelle mit dem Leitfaden aus dem Jahre 1997 überein. Ergänzend zählt der Entwurf in beispielhafter Aufzählung den Kiosk mit Aussensitzplätzen im Freien oder in einer allgemein zugänglichen Halle sowie der Imbisswagen mit Sitz- oder Stehplätzen im Freien auf.

Die im Betriebskonzept vorgesehenen zehn Sitzplätze befinden sich wie dargelegt in der Imbissstube selbst. Sie sind damit keineswegs in einer allgemein zugänglichen Halle, einer sog. Mall, und schon gar nicht im Freien geplant. Beim streitbetroffenen Betrieb handelt sich damit nicht um eine Ausgabestelle im Sinne des Leitfadens. Nichts anderes ergibt sich aus dem von der privaten Rekursgegnerin zitierten Entscheid der Baurekurskommissionen. Jener Betrieb unterschied sich grundlegend vom hier zu beurteilenden. Anders als hier war in jenem Fall einzig die Vorbereitung der Speisen in einem Raum vorgesehen. Die Speisen sollten aber ausschliesslich im Freien, an zwei Stehtischen eingenommen werden. Zu Recht wurde daher in jenem Fall von einer Ausgabestelle ausgegangen.

Die im Leitfaden vorgesehene Regelung, wonach (nur) Ausgabestellen keine Gästetoilette aufweisen müssen, erscheint nachvollziehbar und zweckmässig. Im Innern sind Gäste vor Witterungseinflüssen geschützt und von der Hektik und dem Lärm des Durchgangverkehrs oder aber demjenigen einer öffentlich zugänglichen Halle abgeschirmt. Dies erhöht generell die Verweildauer. Selbst die Rekurrentin geht von längeren Aufenthaltszeiten ihrer Gäste aus, ist doch im Betriebskonzept zu lesen, dass der Betrieb als Begegnungsstätte für die ortsansässige Bevölkerung gedacht sei. Es sei daher ein stilvoller Ort geplant. Die ruhige Lage in der Nähe des idyllischen Greifenseeufers schaffe eine erholsame Atmosphäre und lade daher zum Verweilen ein. Es ist offenkundig, dass längere Verweildauern die Benutzung einer Toilette notwendig machen.

Es kann daher festgehalten werden, dass der Betrieb gemäss den vorgenannten Bestimmungen und dem Leitfaden über mindestens zwei ge-

schlechtergetrennte Gästeaborte und ein Personal-WC verfügen muss. Das Vorhaben weist mit einer Toilette, die zudem nur zur Mitbenutzung mit den anderen Mietern bzw. Stockwerkeigentümern des Gebäudes zur Verfügung steht, keine hinreichende sanitäre Anlage auf. Es sind keine Gründe ersichtlich, welche ein Abweichen des Leitfadens gerechtfertigt erscheinen liessen. Es kann damit festgehalten werden, dass das Bauvorhaben über eine ungenügende Anzahl Toiletten verfügt. Aufgrund der Unterlagen ist zu schliessen, dass dem Betrieb keine weiteren Toiletten zur Verfügung stehen. Seitens der Rekursgegnerschaft wurde denn auch nicht vorgebracht, dass sich sanitäre Anlagen in der Imbissstube selbst einrichten liessen. Es ist auch nicht ersichtlich, wie in der kleinräumigen, insgesamt 44 m² grossen Imbissstube hinreichende sanitäre Anlagen eingebaut werden könnten. Es kann daher festgehalten werden, dass der Mangel nicht mittels einer Nebenbestimmung geheilt werden kann (§ 321 PBG). Der angefochtene Beschluss ist damit aus diesem Grunde aufzuheben.

[...]