

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

2 Bs 72/09
9 E 3464/08

2. Senat

Beschluss vom 2. Juli 2009

BPVO §10 Abs. 4 Abschnitt W;
BauGB §§ 29 Abs. 1, 30

Eine in einem besonders geschützten Wohngebiet gemäß § 10 Abs. 4 BPVO mit zweigeschossiger offener Bebauung betriebene Kindertageseinrichtung, in der nicht mehr als 22 Kinder gleichzeitig betreut werden, ist der Art nach eine in diesem Gebiet allgemein zulässige „kleine“ Kindertageseinrichtung. Eine Kindertageseinrichtung, die nicht über eine Außenspielfläche verfügt, wird nicht allein deshalb als Nutzungstyp eigener Art anzusehen sein.



Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

2 Bs 72/09
9 E 3464/08

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 2. Senat, durch den Richter

.. am 2. Juli 2009 beschlossen:

Auf die Beschwerden der Antragsgegnerin und des Beigeladenen wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 20. April 2009 geändert:

Die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Antragsteller vom 23.12.2008, 12.3.2009 und 20.3.2009 gegen die dem Beigeladenen erteilte Baugenehmigung vom 22.12.2008 in der Gestalt des Änderungsbescheides Nr. 1 vom 11.3.2009 und des Ergänzungsbescheides Nr. 1 vom 16.3.2009 wird insoweit angeordnet, als die Baugenehmigung die Betreuung von mehr als 22 Kindern gleichzeitig zulässt.

Im Übrigen wird der Antrag der Antragsteller abgelehnt.

Die Antragsteller tragen 2/3 der Gerichtskosten des gesamten Verfahrens und der jeweiligen außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen. Die Antragsgegnerin und der Beigeladene tragen je 1/6 der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Antragsteller für das gesamte Verfahren. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 7.500.- Euro festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Antragsgegnerin und der Beigeladene wenden sich mit ihren Beschwerden gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichts, mit dem dieses die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller gegen eine dem Beigeladenen erteilte Baugenehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Kindertageseinrichtung erteilt hat.

Das 1050 m² große Baugrundstück befindet sich im Geltungsbereich des Baustufenplans Groß Flottbek/Othmarschen, der für das Grundstück und alle benachbarten Grundstücke ein besonders geschütztes Wohngebiet gemäß § 10 Abs. 4 der Baupolizeiverordnung vom 8. Juni 1938 – BPVO – mit zweigeschossiger offener Bebauung festsetzt, in dem jede Art gewerblicher und handwerklicher Betriebe, Läden und Wirtschaften ausdrücklich ausgeschlossen sind. Zusätzlich besteht der Fluchtlinienplan Othmarschen/Klein Flottbek 18, der eine vordere Baulinie in 12 m Entfernung von der Straße vorsieht. Das ca. 75 m tiefe Grundstück ist bisher mit einem größeren eingeschossigen Einfamilienhaus bebaut, das rückwärtig über eine in der Breite abnehmende, ca. 14 bis 8 m breite Gartenfläche verfügt. Das südlich angrenzende Grundstück der Antragsteller ist mit einem vergleichbaren zweigeschossigen Einfamilienhaus bebaut.

Der Beigeladene erhielt im Juli 2008 eine Baugenehmigung für die streitige Kindertagesstätte mit 60 Plätzen in vier Gruppen, die in dem umzubauenden Bestandsgebäude und einem damit verbundenen, im rückwärtigen Grundstücksteil neu zu errichtenden zweigeschossigen Anbau mit einem zusätzlich genutzten Souterrain untergebracht werden sollten. Im hinteren Grundstücksteil war eine Außenspielfläche vorgesehen. Die Antragsteller wandten sich im Genehmigungsverfahren gegen das Vorhaben und begehrten Lärmschutzmaßnahmen an der Grundstücksgrenze. Das gegen die Genehmigung gerichtete Verfahren auf vorläufigen Rechtsschutz der Antragsteller hatte Erfolg (VG Hamburg, Beschl. v. 29. August 2008, 9 E 2161/08; OVG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2008, NordÖR 2009, 68 ff.).

Unter dem 22. Dezember 2008 erteilte die Antragsgegnerin sodann eine Baugenehmigung für den Umbau und den Betrieb einer Kindertagesstätte mit 32 Plätzen in zwei Gruppen im Bestandsgebäude sowie die Benutzung der rückwärtigen Grundstücksfläche als Außenspielfläche.

Während des von den Antragstellern erneut angestrebten Verfahrens auf vorläufigen Rechtsschutz änderte die Antragsgegnerin auf einen entsprechenden Antrag des Beigeladenen die Baugenehmigung durch einen 1. Änderungsbescheid vom 11. März 2009 und einen Ergänzungsbescheid Nr. 1 vom 16. März 2008 dahin, dass eine Nutzung sämtlicher Grundstücksflächen als Außenspielfläche ausgeschlossen ist.

Mit Beschluss vom 20. April 2009 hat das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Antragsteller gegen die genannten Bescheide vollen Umfangs angeordnet und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die neue Baugenehmigung verletze die Antragsteller in ihrem Anspruch auf Gebietserhaltung, weil eine im Baugebiet zulässige „kleine“ Kindertagesstätte nach den örtlichen Verhältnissen der vorhandenen Villenbebauung und dem Schnitt des Grundstücks des Beigeladenen allenfalls der Betreuung von 10 Kindern dienen könne.

Gegen diese Entscheidung haben die Antragsgegnerin und der Beigeladene Beschwerde eingelegt.

Während des laufenden Beschwerdeverfahrens erteilte die Antragsgegnerin dem Beigeladenen unter dem 13. Mai 2009 eine weitere Bau- und Nutzungsgenehmigung zum Betrieb einer Kindertagesstätte für 10 Kinder einschließlich einer Nutzung der hinteren Grundstücksteile als Außenspielfläche. Einen dagegen gerichteten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Antragsteller hat das Verwaltungsgericht Hamburg mit Beschluss vom 27. Mai 2009 abgelehnt, ohne dass dagegen ein Beschwerdeverfahren geführt wird.

B.

Die Beschwerden der Antragsgegnerin und des Beigeladenen gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts vom 20. April 2009 sind überwiegend erfolgreich.

I. Die Beschwerden sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden.

Auch der Beigeladene hat seine Beschwerde noch innerhalb der Beschwerdefrist des § 146 Abs. 4 VwGO begründet. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts ist den erstinstanzlich ebenfalls bevollmächtigten Rechtsanwälten .. ausweislich des bei der Akte befindlichen Empfangsbekanntnis erst am 24. April 2009 wirksam zugestellt worden, so dass die Beschwerdebegründungsfrist am Montag, den 25. Mai 2009 ablief. Eine vom Verwaltungsgericht bereits am 22. April 2009 erfolgte Übermittlung des Beschlusses (ohne Empfangsbekanntnis) per Fax diene ausweislich der Anordnungen in der Akte (Bl.

553) nur einer Vorabinformation und sollte nicht bereits die ordnungsgemäße Zustellung gemäß § 57 Abs. 1 VwGO bewirken und die Rechtsmittelfristen in Gang setzen. Ob die ebenfalls an die im Beschwerdeverfahren allein noch bevollmächtigten Prozessbevollmächtigten bewirkte Zustellung möglicherweise – der Zustellungsnachweis ist von diesen ohne Angabe des Zustellungsdatums zurückgesandt worden – zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt ist, ist rechtlich ohne Bedeutung, da bei mehreren gleichberechtigt tätigen Prozessbevollmächtigten eines Beteiligten auf den zuerst bewirkten ordnungsgemäßen Zugang abzustellen ist (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., 2007, § 57 Rn. 4 m.w.N.). Eine bereits am 23. April 2009 bewirkte ordnungsgemäße Zustellung des Beschlusses an die jetzigen Prozessbevollmächtigten des Beigeladenen hätte den Fristlauf nicht verändert, da das Ende der Frist auf einen Sonnabend gefallen wäre. Eine bereits am 22. April 2009 bewirkte Zustellung mit Empfangsbekanntnis ist nach der Aktenlage ausgeschlossen. Die Beschwerdebegründung ist zwar beim Beschwerdegericht am Freitag, dem 22. Mai 2009, nach Dienstschluss nur auf dem Faxgerät der Gerichtsverwaltung eingegangen. Dies hindert die Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist im Ergebnis jedoch schon deshalb nicht, weil die Beschwerdebegründung noch am 25. Mai 2009, vor Fristablauf, der Geschäftsstelle des Beschwerdegerichts vorgelegen hat. Auf die Frage, ob ein Rechtsmittel fristwährend an ein Telefaxgerät gesandt werden kann, das nicht in der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts betrieben wird und das nicht durch amtliche Verlautbarungen als fristwährend bekanntgegeben worden ist, kommt es deshalb im Ergebnis nicht an.

Das Rechtsschutzbedürfnis des Beigeladenen für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens ist nicht deshalb entfallen, weil die Antragsgegnerin ihm für das streitige Grundstück unter dem 13. Mai 2009 eine weitere Bau- und Nutzungsgenehmigung für den „Umbau eines Wohnhauses zu einer Kindertagesstätte für 10 Kinder im UG, EG u. OG“ erteilt hat, die nunmehr für diese Anzahl von Kindern auch erneut die Nutzung des Gartenbereichs einschließt, und der Beigeladene diese Nutzung, wie sich den Ausführungen der Antragsteller entnehmen lässt, anscheinend zwischenzeitlich aufgenommen hat. Es ist rechtlich nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein Bauherr mehrere Baugenehmigungsverfahren durchführt, die im Falle ihrer Genehmigung nur alternativ verwirklicht werden können, weil sie nur in dieser Weise genehmigungsfähig sind. Welches der Vorhaben der Bauherr im Ergebnis - insbesondere im Falle von gerichtlichen Auseinandersetzungen - ausführt, unterliegt grundsätzlich

seiner Dispositionsfreiheit. Ist – wie hier – über die rechtliche Zulässigkeit eines inhaltlich weiter gehendes Vorhabens noch ein Rechtsstreit anhängig, entfällt sein Rechtsschutzbedürfnis nicht allein deshalb, wenn und weil er (zunächst) eine alternative Bau- bzw. Nutzungsgenehmigung ausnutzt, solange die gerichtshängige Genehmigung nicht bestandskräftig oder jedenfalls vollziehbar ist.

II. Mit ihren Beschwerden haben die Antragsgegnerin und der Beigeladene den Anforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO genügend dargelegt, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts in ihrer tragenden Begründung fehlerhaft ist. Zutreffend hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass für die Frage, ob der Gebietserhaltungsanspruch der Antragsteller verletzt ist, nicht, wie das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung tragend zu Grunde gelegt hat, entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist, wie sie sich in der vorhandenen Bebauung und dem konkreten Grundstücksschnitt der Grundstücke der Beteiligten zeigen. Die Frage, unter welchen Bedingungen in einem besonders geschützten Wohngebiet gemäß § 10 Abs. 4 BPVO eine Kindertageseinrichtung (Kinderkrippe, Elementarkindergarten oder Hort) zulässig ist, ist ausschließlich anhand typisierter Nutzungsformen für die planerische Ausweisung des jeweiligen Baugebiets zu beurteilen. Ob eine „kleine Kindertagesstätte“ vorliegt, ist deshalb nicht nach den tatsächlich vorhandenen Grundstücksverhältnissen, sondern nach abstrakten Merkmalen festzustellen, wie dies auch der Beigeladene mit seiner Beschwerde noch hinreichend geltend gemacht hat.

Dementsprechend ist das Beschwerdegericht aufgrund der zunächst einmal berechtigten Einwände der Antragsgegnerin und des Beigeladenen nunmehr berechtigt und verpflichtet, das streitige Begehren auf vorläufigen Rechtsschutz ohne Bindung an die mit der Beschwerde dargelegten Gründe umfassend zu prüfen. Diese Prüfung ergibt, dass die Klage der Antragsteller im Hauptsacheverfahren allenfalls zu einer teilweisen Aufhebung der Baugenehmigung führen dürfte und die Interessenabwägung deshalb keinen generellen Vorrang der Interessen der Antragsteller an der umfassenden Herstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Rechtsbehelfe rechtfertigt (dazu sogleich IV.).

III. Auch im Rahmen der umfassenden Prüfung des Rechtsstreits im Beschwerdeverfahren besteht weiterhin kein Anlass für die (auch) vom Beigeladenen

begehrte Beiladung von Kindern und deren Eltern, die für den Besuch der streitigen Kindertageseinrichtung angemeldet worden sind, diese aber aufgrund des Rechtsstreits nicht besuchen können. Das Beschwerdegericht nimmt insoweit auf den den Beteiligten bekannten Beschluss vom 18. Juni 2009 in diesem Rechtsstreit Bezug, mit dem die von einigen Kindern und ihren Eltern gesondert begehrte Beiladung abgelehnt worden ist. Die Begründung des Beigeladenen für sein Begehren gibt zu weitergehenden Ausführungen keinen Anlass.

Gleichermaßen sieht das Beschwerdegericht weiterhin keinen Anlass, die Entscheidung über die Beschwerde nur nach der vom Beigeladenen beantragten Augenscheinsaufnahme an Ort und Stelle zu treffen. Eine solche ist für die Beurteilung der hier streitigen Genehmigung nach den aus der Genehmigungsakte der Antragsgegnerin ersichtlichen Umständen und den entscheidungserheblichen Rechtsfragen nicht erforderlich.

IV. Die im Rahmen des Verfahrens nach §§ 80 a, 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Abwägung zwischen dem nach § 212 a BauGB grundsätzlich Vorrang genießenden öffentlichen Interesse an einer sofortigen Ausnutzung der einem Bauherrn erteilten Baugenehmigung und dem Interesse der Antragsteller daran, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihren Rechtsbehelf keine vollendeten Tatsachen hinnehmen zu müssen, führt im vorliegenden Streitverfahren dazu, dass dem Suspensivinteresse der Antragsteller nur zu einem Teil der Vorrang gebührt. Nach den durch die Bescheide vom 11. und 16. März 2009 erfolgten Beschränkungen ist eine Verletzung subjektiver Rechte der Antragsteller durch die im Streit befindliche Fassung der Baugenehmigung bei der im Eilverfahren nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung lediglich für einen abtrennbaren Teil der Genehmigung zur Nutzungskapazität in Betracht zu ziehen; im Übrigen werden die Rechtsmittel der Antragsteller voraussichtlich erfolglos sein (1.). In dieser Situation vermag die erforderliche Interessenabwägung lediglich partiell den Vorrang des Suspensivinteresses der Antragsteller gegenüber dem Vollzugsinteresse des Beigeladenen zu begründen (2.).

1. Die angefochtene Baugenehmigung verletzt die Antragsteller voraussichtlich nicht in ihren subjektiven Rechten, wenn der Beigeladene die Kindertageseinrichtung nicht mit mehr als 22 Kindern gleichzeitig betreibt (a). Soweit die Baugenehmigung darüber hinaus

eine Nutzung als Kindertageseinrichtung für 32 Kinder zulässt, spricht Überwiegendes dafür, dass es sich bei einer typisierenden Betrachtung nach den planungsrechtlich zu berücksichtigenden Rahmenbedingungen nicht mehr um eine „kleine“ Kindertageseinrichtung handelt, die nach den planerischen Festsetzungen regelhaft zulässig ist (b).

a) Die Baugenehmigung verletzt die Antragsteller insbesondere nicht in ihrem planungsrechtlichen Anspruch auf Gebietserhaltung hinsichtlich der zulässigen Art der Nutzung in einem besonders geschützten Wohngebiet gemäß § 10 Abs. 4 BPVO, wenn in der Kindertageseinrichtung nicht mehr als 22 Kinder gleichzeitig betreut werden. Das Beschwerdegericht hat in seinem Beschluss vom 15. Oktober 2008 (2 Bs 171/08, NordÖR 2009, 68 ff.) im Einzelnen ausgeführt, dass in einem derartigen Gebiet Kindertageseinrichtungen (nur) zulässig sind, wenn es sich um eine „kleine“ Einrichtung handelt. Hierauf wird Bezug genommen.

Die dagegen gerichteten Ausführungen des Beigeladenen zur Zulässigkeit von Kindertageseinrichtungen nach § 3 Abs. 3 BauNVO 1990 verkennen, dass die Überleitung der Baustufenpläne und des § 10 BPVO in das geltende Bauplanungsrecht auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der das Beschwerdegericht folgt, bundesrechtlichen Beschränkungen unterliegt (vgl. insb. BVerwG, Urt. v. 23.8.1996, BVerwGE 101, 365, 379 f.; Urt. v. 17.12.1998, BVerwGE 108, 190, 194), § 3 BauNVO 1990 keine unmittelbare Anwendung findet und auch nicht – insbesondere nicht hinsichtlich seines Abs. 3 - entsprechend anzuwenden ist.

Vielmehr muss die Bestimmung der Nutzungen, die im besonders geschützten Wohngebiet neben dem Wohnen allgemein erwartet werden oder mit der Wohnnutzung verträglich sind, ausschließlich anhand typisierter Nutzungsformen erfolgen, die im Plangebiet ohne das planerische Bedürfnis nach einer weiteren Steuerung zulässig sind (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.1998, a.a.O., 198). Hierbei ist nicht allein auf den Gegenstand der Nutzung abzustellen, sondern kann (und muss) u.a. auch der Umfang der Nutzung ein typenbildendes Merkmal darstellen, wenn von der Nutzungsart mit zunehmendem Umfang typischerweise gebietsunverträgliche Störungen ausgehen (vgl. z.B. BVerwG, Beschl. v. 28.2.2008, NVwZ 2008, 265 ff.; Urt. v. 21.3.2002, BVerwGE 116, 155, 158). Ein derartiger Zusammenhang zwischen der Größe der Einrichtung und ihrem Störpotential ist – ungeachtet der Frage der Sozialadäquanz mit der Nutzung verbundener Störungen -

typischerweise auch mit Einrichtungen zur Kindertagesbetreuung verbunden. Zugleich enthalten die Festsetzungen der Baustufenpläne – anders als dies bei Bebauungsplänen aufgrund des BauGB/BBauG in der Regel der Fall ist – grundsätzlich keine auf die Grundstücksverhältnisse in den Baugebieten Bedacht nehmenden planenden Regelungen zur Anordnung von Baukörpern und zur Wahrung von Abständen zwischen unterschiedlichen Nutzungsarten. U.a. diese Gesichtspunkte haben in der Rechtsprechung des Beschwerdegerichts Veranlassung gegeben, die Zulässigkeit von Beherbergungsbetrieben schon in einem nicht besonders geschützten Wohngebiet nach § 10 Abs. 4 BPVO auf „kleine Betriebe“ zu beschränken (OVG Hamburg, Urt. v. 13.2.2002, NordÖR 2002, 412, 413 f. m.w.N.).

aa) Ob eine Kindertageseinrichtung „klein“ ist, kann nicht ohne Rücksicht auf die jeweiligen Festsetzungen des Baustufenplans zum Umfang und zur Art und Weise der Bebauung beurteilt werden. Denn der in den Baustufenplänen festgesetzte Umfang der zulässigen Bebauung, der gemäß § 11 Abs. 1 BPVO und der zugehörigen Baustufentafel jeweils nach der Anzahl der Geschosse und der offenen oder geschlossenen Bauweise differiert, ist auch ein Kennzeichen für die vom Plangeber beabsichtigte Intensität der Grundstücksnutzung und die damit verbundene unterschiedliche Störungsintensität des originären Wohnens im Verhältnis der Grundstücke zueinander. So variiert die bebaubare Grundstücksfläche nach § 11 Abs. 1 Baustufentafel Spalte 8 BPVO zwischen 2/10 der hinter der Baulinie liegenden Grundstücksfläche bei einer eingeschossigen offenen Bebauung und 5/10 bei einer viergeschossigen Bebauung. Dies ist auch beim Umfang erwarteter oder verträglicher ergänzender Nutzungen zu berücksichtigen. Folglich wird eine gebietsverträgliche „kleine“ Kindertageseinrichtung in einem besonders geschützten Wohngebiet mit lediglich eingeschossiger offener Bebauung nur eine geringere Kapazität als in einem Gebiet mit viergeschossiger geschlossener Bebauung aufweisen können.

Für das hier betroffene Baugebiet hat sich der Plangeber im streitigen Baustufenplan mit der festgesetzten zweigeschossigen offenen Bebauung und der damit – mangels abweichender Festsetzungen - höchstzulässigen Bebaubarkeit von 3/10 der Grundstücksfläche hinsichtlich der Nutzungsintensität noch im unteren Bereich gehalten, während bereits mit der Festsetzung einer geschlossenen Bauweise oder einer höheren Geschosshöhe jeweils eine Bebaubarkeit von 5/10 der Grundstücksfläche verbunden gewesen wäre. Eine intensivere Nutzungsmöglichkeit, die typischerweise auch mit einem

höheren Störpotential verbunden ist, legt es nahe, dass eine „kleine“ Kindertageseinrichtung dort eine vergleichsweise größere Kapazität aufweisen kann. Diese Größe muss sich aber immer noch deutlich von jenen Kindertageseinrichtungen unterscheiden, die in einem nicht besonders geschützten Wohngebiet nach § 10 Abs. 4 BPVO zulässig sind.

Außerdem erfordert die gebotene Typisierung einer „kleinen“ Kindertageseinrichtung nach der Art der Nutzung eine Abstufung, die die für eine Kindertageseinrichtung typischen formalen Strukturen aufnimmt, die für deren sinnvollen pädagogischen und wirtschaftlichen Betrieb bestimmend sind. Hierfür geeigneter Anknüpfungspunkt sind die Anzahl und die Größe der abstrakt zulässigen pädagogischen Gruppen. Sie kennzeichnen in typisierender Form die Größenordnung einer Kindertageseinrichtung, die für die Wirkungen auf das Baugebiet kennzeichnend sind, selbst wenn die Binnenstrukturen einzelner Einrichtungen weitere Differenzierungen aufweisen mögen. Dagegen wäre eine Differenzierung, die bereits auf der Ebene der Art der Nutzung maßgeblich an der pädagogisch nutzbaren Raumkapazität des jeweiligen Gebäudes und der für die Betreuung erforderlichen Mindestflächen pro Kind ansetzt (vgl. dazu Anlage 3 zu § 8 Kinderbetreuungs-Leistungsverordnung vom 30.11.2004, HmbGVBl. S. 449) nicht nur von den – planungsrechtlich grundsätzlich irrelevanten - Verhältnissen in den Gebäuden, sondern auch von der jeweiligen Betreuungsdauer der Kinder und der speziellen Betriebsform der konkreten Einrichtung (Krippe, Elementarkindergarten oder Hort) abhängig. Sie erscheint deshalb für die Typisierung nach der Art der Nutzung nicht geeignet.

bb) In Fortführung und Konkretisierung der bereits im Beschluss vom 15. Oktober 2008 angestellten Erwägungen (a.a.O., 70 f.) ist deshalb jedenfalls eine Kindertageseinrichtung, die der zeitgleichen Betreuung einer pädagogischen Gruppe von bis zu 22 Kindern oder von mehreren kleinen Gruppen dient, die zusammen diese Anzahl von Kindern nicht überschreiten (z.B. einer kleinen Krippengruppe und einer die Höchstgrenze nicht ausschöpfenden Elementargruppe o.ä.), von ihrem Typ her als eine „kleine“ Einrichtung anzusehen, die in einem besonders geschützten Wohngebiet eines Baustufenplans auch bei einer festgesetzten ein- oder zweigeschossigen offenen Bebauung generell gebietsverträglich ist.

Da in Hamburg Rechtsnormen für die zulässige Größe von pädagogischen Gruppen in Kindertageseinrichtungen nicht bestehen, orientiert sich die vom Beschwerdegericht in diesem Verfahren für eine pädagogische Gruppe zugrunde gelegte größte Zahl von bis zu 22 Kindern insoweit an der hinreichend bestimmbaren regelmäßigen Obergrenze der Zahl der in einer pädagogischen Gruppe gemeinsam betreuten Kinder. Ziffer 4.4 der Richtlinien für den Betrieb von Kindertageseinrichtungen der Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz der Antragsgegnerin vom 4. September 2006 sieht insoweit vor, dass eine pädagogische Fachkraft maximal 11 Kinder allein (in einer Gruppe) betreuen darf. Da ein dauerhaft störungsfreier Betrieb einer Gruppe und einer kleinen Kindertageseinrichtung typischerweise die Beschäftigung von mehr als einer Fachkraft erfordert und es der Üblichkeit von Kindertageseinrichtungen entspricht, dass eine pädagogische Gruppe (jedenfalls im Elementarbereich) mehr als 11 Kinder umfasst, dürfte diese Größenordnung der in Hamburg typischerweise zu erwartenden Mindestgröße einer „kleinen“ Kindertageseinrichtung ohne besondere Betriebsmerkmale entsprechen. Zugleich entnimmt das Beschwerdegericht der Sonderregelung für Waldkindergärten in Ziffer 6 der Richtlinien, dass Gruppengrößen einer gemeinsam betreuten pädagogischen Gruppe von mehr als 22 Kindern nicht regelhaft bestehen. Dies entspricht im Übrigen den Regelungen in anderen Bundesländern, die die zulässigen Obergrenzen einer pädagogischen Gruppe je nach Betreuungsform und Alter der Kinder durch Rechtsnormen zwischen 18 und 25 Kindern festgesetzt haben (vgl. u.a. z.B. für Niedersachsen § 2 1.DVO-KitaG; für Rheinland-Pfalz § 2 DVO zum KTagStG; für Thüringen § 1 KitaAstVO; für das Saarland § 10 Ausführungs-VO SKBBG; für Schleswig-Holstein § 10 KitaVO, jeweils dokumentiert in juris).

Eine Kindertageseinrichtung dieser Größe wird auch in einem besonders geschützten Wohngebiet als ortsnahe, das Wohnen ergänzende Nutzung von den Bewohnern erwartet. Die von ihr ausgehenden Störungen übersteigen nicht typischerweise jene, die auch von der Wohnnutzung in einem solchen Plangebiet auftreten können. Weder die Störungen, die mit dem Bringen und Abholen der Kinder verbunden sind, noch jene aus der An- und Abfahrt der Mitarbeiter sowie etwaiger Versorgungsfahrten, werden bei dieser Größe einen Umfang erreichen, der für die Wohnqualität eines Plangebiets spürbar ist. Da bei einer „kleinen“, typischerweise zunächst auf die Versorgung des umliegenden Wohnquartiers ausgerichteten Einrichtung eher als bei größeren Einrichtungen mit einem größeren Einzugsbereich davon auszugehen ist, dass ein nennenswerter Teil der

betreuten Kinder nicht mit Kraftfahrzeugen zur Einrichtung gebracht und von dort abgeholt wird, ist nicht ersichtlich, dass der mit einer Einrichtung dieser Größe verbundene Kraftfahrzeugverkehr selbst in einer ruhigen Wohnstraße zu einer störenden Veränderung des Gebietscharakters führt. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Kindertageseinrichtung dieser Größe insbesondere im Elementarbereich nur eine Halbtags- oder Ganztagesgruppe anbietet oder möglicherweise in der Mittagszeit bei allen oder einem Teil der Kinder ein Wechsel stattfindet. Der Art nach ist bei einer Einrichtung dieser Größe auch mit der Nutzung von Teilen der freien Grundstücksflächen als Außenspielfläche grundsätzlich keine störende Beeinflussung des Gebietscharakters verbunden. Spielende Kinder auf entsprechenden Gemeinschaftsspielflächen oder auf den jeweiligen Grundstücken gehören in diesem Umfang zu den auch in diesem Gebietstypus allgemein erwarteten und – im Übrigen hinsichtlich der Spielflächen für Mehrfamilienhäuser auf eigenen Grundstücken bauordnungsrechtlich gemäß § 10 HBauO zwingend vorgeschriebenen – Nutzungen. Die planerische Festsetzung schließt Mehrfamilienhäuser im streitigen Baugebiet nicht aus. Die mit spielenden Kindern typischerweise verbundenen Geräuschemissionen, die je nach Grundstücksschnitt in einem Plangebiet jeweils eine unterschiedlich große Zahl von Grundstücken erreichen und umgekehrt von unterschiedlich vielen Grundstücken ausgehen können, sind insoweit der Art nach grundsätzlich Teil der Wohnnutzung.

Da die im Rechtsstreit maßgebliche Baugenehmigung eine Nutzung des Grundstücksaußenbereichs als Außenspielfläche für die Kinder ausschließt, besteht kein Anlass für Erwägungen zu der weiteren planungsrechtlichen Frage, inwieweit Außenspielflächen von einer der Art nach zulässigen Kindertageseinrichtung bei der Ermittlung des zulässigen Maßes der Bebauung zu berücksichtigen sind, sie bei einer geringen Grundstücksgröße im Einzelfall eine zusätzliche planungsrechtliche Kapazitätsgrenze darstellen und dabei nachbarliche Rechte berührt werden (vgl. Beschl. v. 15.10.2008, a.a.O., 71).

Vom Typ einer „kleinen“ Kindertageseinrichtung ohne besonders belastende Betriebs-eigentümlichkeiten weicht die Einrichtung des Beigeladenen bei einer Zahl von 22 gleichzeitig betreuten Kindern hier nicht bereits aufgrund ihrer gegenüber vielen anderen Kindertageseinrichtungen längeren Öffnungszeiten entscheidend ab. Die genehmigten Öffnungszeiten von montags bis freitags von 7.00 bis 19.00 Uhr und samstags von 7.00

bis 14.00 Uhr umfassen keine Zeiträume, in denen insbesondere in ausschließlich dem Wohnen dienenden Gebieten eine erhöhte Empfindlichkeit und Schutzbedürftigkeit vor Immissionen besteht. Mittägliche Ruhezeiten werden wegen der fehlenden Außennutzung nicht berührt.

b) Die genehmigte Kindertagesstätte dürfte über den zuvor genannten Umfang hinaus in einem besonders geschützten Wohngebiet mit lediglich zweigeschossiger offener Bebauung nicht mehr als „kleine“ Einrichtung anzusehen sein.

aa) Aufgrund der erforderlichen Typisierung wird eine Kindertageseinrichtung mit zwei in der zulässigen Kapazität voll ausgelasteten Gruppen in diesem Gebiet nicht mehr als „kleine“ Kindertageseinrichtung anzusehen sein. Eine Anzahl von regelhaft bis zu 44 Kindern dürfte sich in ein besonders geschütztes Wohngebiet mit der hier planerisch festgesetzten geringen Bebauungsdichte von 3/10 (hinter der Baulinie) aufgrund des mit der Einrichtung verbundenen Störpotentials nicht mehr regelhaft ohne zusätzliche planungsrechtliche Regelungen und ohne Rücksicht auf die sonstigen Grundstücksverhältnisse im Baugebiet spannungsfrei in die Wohnbebauung einfügen. Hierbei ist, wie ausgeführt, nicht nur das zulässige Maß der baulichen Nutzung im Verhältnis zu einem besonders geschützten Wohngebiet mit einer vorgesehenen intensiveren Bebauung zu berücksichtigen. Die Größe einer „kleinen“ Kindertageseinrichtung muss zugleich auch unter jener liegen, die in einem Wohngebiet ohne besondere Schutzfestsetzungen nach § 10 Abs. 4 BPVO regelhaft zulässig ist und für das die Baustufentafel in § 11 BPVO keinen regelhaft höheren Nutzungsumfang der Grundstücke zulässt. In diesem Zusammenhang geben die empirischen Befunde für die hamburgischen Verhältnisse zur durchschnittlichen Größe von Kindertageseinrichtungen (vgl. Beschl. v. 15.10.2008, a.a.O., 70), die die planerische Ausweisung nicht berücksichtigen, weiterhin ebenfalls keinen Anhaltspunkt für gänzlich abweichende tatsächliche Verhältnisse, die dieser Typisierung entgegenstehen.

Soweit die Ausführungen des Senats im Beschluss vom 15. Oktober 2008 (a.a.O., 71) dahin verstanden werden können, auch in einem besonders geschützten Wohngebiet mit lediglich zweigeschossiger offener Bebauung sei eine Kindertageseinrichtung mit zwei pädagogischen Gruppen in der vollen Größe regelhaft zulässig, ist dabei die größte

zulässige Gruppengröße unberücksichtigt geblieben, wie sie sich nach der Praxis der Antragsgegnerin ergibt, und hält das Gericht deshalb hieran nicht fest.

bb) Die dem Beigeladenen genehmigte Kindertageseinrichtung ohne Nutzung von Außenflächen auf dem Grundstück wird nicht als gesonderter Typ einer Kindertageseinrichtung anzusehen sein, für den abweichende Maßstäbe für die Beurteilung anzuwenden sind, weil er typischerweise ein wesentlich geringeres Störpotential aufweist.

Einem gesonderten Typ einer Kindertageseinrichtung ohne Außennutzungsfläche steht entgegen, dass eine derartige Differenzierung bundesrechtlich unter Anwendung der Baunutzungsverordnung in Rechtsprechung und Literatur unbekannt ist. Das Beschwerdegericht hat bereits in seinem Beschluss vom 15. Oktober 2008 (a.a.O., 71) zum Ausdruck gebracht, dass eine auf dem Grundstück der Kindertageseinrichtung vorhandene Außenspielfläche bundesweit typischerweise zu deren Erscheinungsbild gehört. Dass in Hamburg rechtlich oder tatsächlich Anderes gilt, ist nicht ersichtlich. Auch die Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz der Antragsgegnerin hat in ihren Richtlinien für den Betrieb von Kindertageseinrichtungen in Ziff. 2.4 festlegt, jede Einrichtung solle über eine ausreichend große Außenspielfläche verfügen. Ein Absehen von dieser Voraussetzung kommt danach nur in Einzelfällen in Betracht, wenn ein Spielplatz aufgesucht werden kann, der für die Kinder gut zu Fuß erreichbar ist. Vor diesem Hintergrund bedürfte es – bislang fehlender – Erkenntnisse dahin, dass ein erheblicher Teil der Kindertageseinrichtungen in Hamburg entgegen den Richtlinien nicht über eigene Außenspielflächen auf dem zugehörigen Grundstück verfügt und deshalb geeignet ist, jedenfalls für die Verhältnisse nach den hamburgischen Baustufenplänen einen eigenen Vorhabenstyp zu bilden.

cc) Die dem Beigeladenen genehmigte Einrichtung dürfte in dieser Größe auch nicht aufgrund besonderer Betriebseigentümlichkeiten als atypische Form einer Kindertageseinrichtung anzusehen sein, der gerade jene das Wohnen potentiell störenden Elemente ausnahmslos fehlen, die in besonders geschützten Wohngebieten für die Beschränkung der regelhaften Zulässigkeit auf „kleine“ Einrichtungen maßgeblich sind.

In diesem Zusammenhang ist zwar zu berücksichtigen, dass mit der fehlenden Nutzung von Außenflächen ein wesentliches potentiell Störungselement fehlt. Vieles spricht jedoch dafür, dass der Einrichtung des Beigeladenen allein deshalb noch nicht alle Störungselemente fehlen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Öffnungszeiten der Einrichtung des Beigeladenen offenbar bewusst über jene hinausgehen, die von vergleichbaren kleinen Kindertageseinrichtungen üblicherweise angeboten werden. Die Antragsgegnerin hat sich ferner hinsichtlich des Verkehrsaufkommens, das mit dem Bringen und Abholen der Kinder verbunden ist und das als solches für die Frage der Gebietsverträglichkeit einer Nutzung nicht außer Betracht bleiben kann (vgl. BVerwG, Beschl. v. 28.2.2008, NVwZ 2008, 265 ff.), veranlasst gesehen, in die streitige Baugenehmigung Regelungen über dessen Abwicklung aufzunehmen. Auch dieser Umstand spricht dafür, dass sich die Einrichtung des Beigeladenen nicht etwa aufgrund atypischer Betriebseigenschaften ohne einen Regelungsbedarf zur Vermeidung von Störungen, wie dies erforderlich wäre (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.1998, BVerwGE 108, 190, 198), als Wohnnutzung i.S.v. § 10 Abs. 4 BPVO einordnen lässt.

c) Ob unabhängig von der typisierenden Betrachtung aufgrund der Besonderheiten einer konkreten Einrichtung oder hierfür geeigneter örtlicher Grundstücksverhältnisse im Einzelfall durch die Erteilung einer Befreiung von den Festsetzungen des Baustufenplans gemäß § 31 Abs. 2 BauGB mehr als 22 Kinder betreut werden könnten, bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Beurteilung. Die Antragsgegnerin hat eine solche Befreiung nicht erteilt. Zugleich ist nicht offensichtlich, dass für das Vorhaben des Beigeladenen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Befreiung im Umfang von 10 Betreuungsplätzen oder eines Teils von ihnen erfüllt sind.

Allein das Interesse des Beigeladenen an der begehrten umfassenden Ausnutzung der für das vorhandene Gebäude ermittelten Raumkapazität auf der Basis des pädagogischen räumlichen Mindestbedarfs pro Kind (vgl. Anlage 3 zu § 8 Kinderbetreuungs-Leistungsverordnung vom 30.11.2004, HmbGVBl. S. 449), wie sie der Zahl von 32 Plätzen in der Baugenehmigung zugrunde liegt, dürfte den Befreiungsvoraussetzungen nicht genügen. Auch die der Baugenehmigung beigefügten Nebenbestimmungen zur Regelung des An- und Abfahrtsverkehrs mit Kraftfahrzeugen, die der Beigeladene in seinen Betreuungsverträgen den Eltern der betreuten Kinder auferlegen soll, dürften nicht geeignet sein, die planungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit der Einrichtung des

Beigeladenen im Wege der Befreiung zu sichern, wenn diese andernfalls in Frage steht. Insoweit ist ernstlich fraglich, dass die Bauaufsichtsbehörde befugt und in der Lage ist, in einer Baugenehmigung wirksame straßenverkehrsrechtliche Beschränkungen für die Benutzung öffentlicher Wege – zumal mit Wirkung zu Lasten Dritter - auszusprechen, die sich nicht in dem bloßen Hinweis auf an Ort und Stelle ohnehin bereits von der Straßenverkehrsbehörde allgemein angeordnete oder konkret beabsichtigte verkehrsrechtliche Ver- und Gebote erschöpfen.

d) Die dem Beigeladenen erteilte Baugenehmigung dürfte nicht insgesamt die Rechte der Antragsteller verletzen. Sie ist in ihrer hier maßgeblichen Fassung nach ihrem Regelungstenor und ihrem Regelungsgegenstand zur zulässigen Gruppenzahl und –größe teilbar (vgl. OVG Hamburg, Ur. v. 14.7.2008, NordÖR 2008, 533, 535), auch wenn sich die Antragsgegnerin bei der Größenbeschränkung von anderen Gesichtspunkten hat leiten lassen. Im Widerspruchsverfahren ist insoweit eine formelle Anpassung an die rechtlichen Voraussetzungen möglich, ohne dass dadurch der Regelungsgehalt der Baugenehmigung in seinem Wesen verändert werden müsste. Eine zugleich den Gebietserhaltungsanspruch der Antragsteller und die vom Beigeladenen beabsichtigte Struktur der Einrichtung beachtende Reduzierung der zulässigen Zahl der betreuten Kinder erscheint sowohl unter Beibehaltung zweier Einheiten (Krippe und Elementargruppe), die zusammen den Umfang einer voll ausgelasteten, pädagogisch zulässigen Gruppe nicht überschreiten, als auch durch eine innerhalb des Gebäudes räumlich unterteilte Elementargruppe möglich. Beide würden jeweils ihrer Art nach eine „kleine“ Kindertageseinrichtung i.S.v. § 10 Abs. 4 BPVO darstellen.

2. Vor diesem rechtlichen Hintergrund werden sich die Rechtsbehelfe der Antragsteller gegen die streitige Baugenehmigung aller Voraussicht als erfolglos erweisen und genießt das Interesse des Beigeladenen an der sofortigen Ausnutzung der ihm erteilten Bau- und Nutzungsgenehmigung gemäß § 212 a BauGB Vorrang gegenüber dem Suspensivinteresse der Antragsteller, soweit in der Kindertageseinrichtung nicht mehr als gleichzeitig 22 Kinder betreut werden. Anderes gilt jedoch, soweit die Baugenehmigung eine Betreuung weiterer 10 Kinder zulässt. Nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand dürfte die Baugenehmigung insoweit Rechte der Antragsteller verletzen.

Einer differenzierenden Interessenabwägung steht dabei, wie unter 1.d) ausgeführt, nicht etwa die Unteilbarkeit der Baugenehmigung entgegen. Deshalb besteht keine Veranlassung, bei der Interessenabwägung nur auf die Gesamtregelung der Baugenehmigung abzustellen, wie dies seitens des Verwaltungsgerichts geschehen ist. Der Differenzierung steht entgegen der Auffassung der Antragsteller ferner nicht entgegen, dass der Beigeladene aufgrund der ihm erteilten weiteren Genehmigung vom 13. Mai 2009 die Kindertageseinrichtung sofort vollziehbar auch mit nicht mehr als 10 Kindern und unter Nutzung der Außenflächen des Grundstücks betreiben darf. Es obliegt der Entscheidung des Beigeladenen, von welcher der beiden Genehmigungen er insoweit für die Dauer des weiteren Rechtsbehelfsverfahrens Gebrauch macht, da eine Kumulation der Berechtigungen aus den beiden Bescheiden ausgeschlossen ist.

Soweit die Baugenehmigung nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand Rechte der Antragsteller verletzen dürfte, besteht auch unter Berücksichtigung der Interessenbewertung in § 212 a BauGB kein überwiegendes Vollzugsinteresse des Beigeladenen. Denn wird ihm zunächst die vollständige Ausnutzung der Baugenehmigung gestattet und erweist sich die Klage der Antragsteller, wie gegenwärtig voraussehbar ist, insoweit als erfolgreich, hätten diese nicht nur für die Dauer des Verfahrens die sich daraus ergebenden Nachteile hinzunehmen. Eine kurzfristige Zurückführung der Nutzung der Kindertageseinrichtung auf das zulässige Maß wäre auch in der Folge von der nach dem Vorbringen des Beigeladenen unsicheren Frage abhängig, ob und wie schnell für diese neue angemessene Betreuungsplätze gefunden und die Kinder in eine neue Umgebung integriert werden könnten, insbesondere wenn diese die streitige Einrichtung bereits geraume Zeit besucht haben. Sollten sich die Rechtsmittel der Antragsteller im Ergebnis etwa aufgrund sich verändernder tatsächlicher Umstände im Ergebnis als erfolglos erweisen, weil die Einrichtung im Ergebnis ohne Rechtsverletzung der Antragsteller auch mit bis zu 32 Kindern betrieben werden kann, hätte der Beigeladene zwar in gewissem Umfang wirtschaftliche Nachteile in Kauf zu nehmen. Diese dürften sich jedoch im Wesentlichen auf den Anteil von maximal 10 Plätzen an den fixen Gemeinkosten des Gebäudes beschränken. Dieser mit der voraussehbar problematischen Einrichtung einer Kindertageseinrichtung auf dem streitigen Grundstück verbundene Nachteil wiegt gegenüber den Nachteilen der Antragsteller im Falle ihres Obsiegens im Ergebnis weniger schwer.

V. Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 155 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO sowie hinsichtlich des Streitwerts aus §§ 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG.

....

....

....