

Die Frage nach dem massgebenden Rechtsschutz kann hier offen gelassen werden. Der ehehafte Anteil des Wasserrechts Nr. (...) ist als unbefristetes Recht des Inhabers anerkannt und im Grundbuch eingetragen. In der im Zeitpunkt der Befristung geltenden Rechtsordnung (...) fehlte eine gesetzliche Bestimmung, welche die Behörden ermächtigte, private Eigentumsrechte an Wassernutzungswerken zu befristen. Die Verwaltung konnte daher nicht auf dem Verfügungswege rechtsgestaltend in das privatrechtliche Verhältnis eingreifen.

(...)

## **27 Zonenkonformität von Kindertagesstätten in einer Wohnzone.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 26. Januar 2010 in Sachen X. und Y. gegen Kantonsspital Aarau AG (WBE.2008.252).

### *Aus den Erwägungen*

1.

Die Beschwerdegegnerin betreibt auf den Liegenschaften Westallee 9 (Parzelle Nr. 1205) und Westallee 13 (Parzelle Nr. 1206) zwei Kindertagesstätten. Beide Gebäude wurden zuvor als Personalhäuser genutzt. Die jetzt eingerichteten Kindertagesstätten sind von 6.30 Uhr bis 19.00 Uhr geöffnet. Abends, an Samstagen sowie an Sonn- und Feiertagen sind sie geschlossen. Die Kinder werden zwischen 6.30 Uhr und 9.00 Uhr gebracht und zwischen 16.00 Uhr und 19.00 Uhr abgeholt. Die Kinder in der Liegenschaft Westallee 9 sind im Kindergarten- und Primarschulalter. An der Westallee 13 werden Kinder von drei Monaten bis und mit viertem Lebensjahr betreut. Die Westallee 9 hat zehn Plätze, an der Westallee 13 können 14 Kinder betreut werden. Beide Kindertagesstätten verfügen über einen Garten, wobei ein Zaun die beiden angrenzenden Gärten trennt. Im Garten der Westallee 9 befanden sich zum Zeitpunkt des verwaltungsgerichtlichen Augenscheins vom 24. August 2009 zwei Fussballtore, ein Sandplatz sowie ein Partyzelt mit drei Bänken, welches gemäss der Leiterin der Kindertagesstätten im Herbst entfernt wer-

den sollte. Ferner befanden sich eine "Experimentierküche", ein von den Kindern angelegter Kräutergarten sowie verschiedene Autoreifen auf der Nordseite des Gebäudes. Der Garten der Westallee 13 war ausgerüstet mit einer Rutschbahn, einem Trampolin, einem Sandplatz sowie einer Schaukel. Die Beschwerdegegnerin verfügt über eine dritte Kindertagsstätte an der Westallee 19 (östlich der Westallee 13). Die Gärten der drei Kindertagesstätten sind durch einen Zaun getrennt. Die Kinder können jedoch (mit Erlaubnis der Betreuungsperson) von einer zur anderen Liegenschaft zirkulieren. Die Parzelle Nr. (...) der Beschwerdeführer grenzt unmittelbar nördlich an die Parzelle Nr. 1205 (Westallee 9).

2.

Die umgenutzten Liegenschaften befinden sich gemäss Zonenplan der Stadt Aarau vom 11. Mai 1981 / 11. September 1984 (Stand September 2007) in der Wohnzone W3<sup>bis</sup>, welche der Empfindlichkeitsstufe II zugeordnet ist. Gemäss § 6 Abs. 1 der Bau- und Nutzungsordnung (BNO) der Stadt Aarau vom 24. März 2003 / 25. Juni 2006 sind Wohnzonen in erster Linie für Wohnbauten bestimmt. Der Anteil der Wohnnutzung an der realisierten Bruttogeschossfläche hat in den Zonen E, W2, W3 und W3<sup>bis</sup> mindestens 60 % zu betragen (§ 6 Abs. 3 BNO).

3.

3.1.-3.3. (...)

3.4.

Zu prüfen ist, ob der Gemeinderat § 6 BNO richtig angewandt hat. Geht es, wie hier, um die Anwendung einer kommunalen Bestimmung, muss berücksichtigt werden, dass die Gemeinden bei der Ausscheidung und Definition der verschiedenen Zonen (§ 13 Abs. 1, § 15 Abs. 1 und Abs. 2 BauG) aufgrund von § 106 KV verfassungsrechtlich geschützte Autonomie geniessen; hierin eingeschlossen ist die Anwendung des autonomen Gemeinderechts. Daraus folgt, dass sich das Verwaltungsgericht bei der Überprüfung einschlägiger gemeinderätlicher Entscheide zurückzuhalten hat, zumindest soweit es bei den zu entscheidenden Fragen um rein lokale Anliegen geht und weder überörtliche Interessen noch überwiegende Rechtsschutzanliegen berührt werden. Die Gemeinde kann sich in solchen Fällen

bei der Auslegung kommunalen Rechts insbesondere dort auf ihre Autonomie berufen, wo eine Regelung unbestimmt ist und verschiedene Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar erscheinen. Die kantonalen Rechtsmittelinstanzen sind hier gehalten, das Ergebnis der gemeinderätlichen Rechtsauslegung zu respektieren und nicht ohne Not ihre eigene Rechtsauffassung an die Stelle der gemeinderätlichen zu setzen. Die Autonomie der Gemeindebehörden hat jedoch auch in diesen Fällen dort ihre Grenzen, wo sich eine Auslegung mit dem Wortlaut sowie mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht mehr vereinbaren lässt (AGVE 2001, S. 299 f. mit Hinweis).

### 3.5.

#### 3.5.1.

Wohnzonen sind hauptsächlich für Wohnbauten bestimmt (§ 15 Abs. 2 BauG i.V.m. § 6 Abs. 1 BNO). Ein bundesweit einheitlicher Begriff der Wohnnutzung existiert nicht. Die Wohnnutzung kann in erster Linie als eine Reihe verschiedener Zwecke und Tätigkeiten beschrieben werden, zu denen etwa Erholung, Schlafen, Essen und Hausarbeit gezählt werden. Darüber hinaus werden der Wohnnutzung auch Einrichtungen für die Freizeitbeschäftigung und andere Nutzungen zugerechnet, sofern diese einen hinreichenden Bezug zum Wohnen aufweisen (AGVE 2001, S. 301 mit Hinweis; Bernhard Waldmann / Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung [RPG], Bern 2006, Art. 22 N 25).

#### 3.5.2.

Zu prüfen ist zunächst, ob der Betrieb der Kindertagesstätten unter den Begriff der Wohnnutzung fällt. Entscheidend ist, was die Kindertagesstätten bezwecken und welche Tätigkeiten sie umfassen.

Die Kinder der Kindertagesstätte verbringen entweder den ganzen oder den halben Tag in den Kindertagesstätten. Sie essen, schlafen, spielen und teilweise besuchen sie den Kindergarten oder die Schule. Insofern kann die Nutzung der Kindertagesstätten in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen durchaus als Wohnnutzung angesehen werden, zumal die Kinder - wie die Vorinstanz zutreffend ausführt - die gleichen Aktivitäten ausüben wie im Elternhaus. Die Beschwerdeführer erklären denn auch nicht, dass die Tätigkeiten der

Kinder nicht dem Zweck der Wohnzone entsprechen ("Die Vorinstanz erachtet Kinderhorte und Kinderspielplätze in der Wohnzone als zonenkonform. Im Grundsatz ist dies richtig."). Die Beschwerdeführer stören sich vielmehr daran, dass nicht Quartierkinder betreut werden, sondern die Kinder von Angestellten der Beschwerdegegnerin. Woher die betreuten Kinder kommen, spielt jedoch bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um eine Wohnnutzung oder eine gewerbliche Nutzung handelt, keine entscheidende Rolle. Massgebend ist, dass die Kinder denjenigen Tätigkeiten nachgehen, die dem Charakter der Wohnnutzung vollumfänglich entsprechen. Spiel und Bewegung sind feste Elemente im Tagesrhythmus eines Kindes, weshalb Geräusche spielender Kinder mit der Wohnnutzung untrennbar verbunden sind. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer, fehlt es einer Kindertagesstätte auch nicht am Element der Dauer. Zwar sind nicht jeden Tag die gleichen Kinder anwesend. Es handelt sich aber auch nicht um eine stundenweise Betreuung von immer wechselnden Kindern. Aufgrund der vorgeschriebenen Mindestbetreuungsverhältnisse ist jedes Kind durchschnittlich zwei Tage bzw. vier Halbtage pro Woche anwesend und dies während eines längeren Zeitraums. Es ist folglich durchaus gerechtfertigt, von einer auf eine gewisse Dauer ausgerichteten Wohnnutzung zu sprechen, auch wenn sich diese auf den Tag beschränkt. Dementsprechend werden Kindertagesstätten in der Wohnzone nach der Praxis der Stadt Aarau generell bewilligt ([...]: in der Wohnzone befinden sich [teilweise] das [...] mit 60 Plätzen, die [...] mit 34 Plätzen, die [...] mit 24 Plätzen sowie die [...] mit 12 Plätzen). Hinzu kommt, dass dem Betrieb der Kindertagesstätten im konkreten Fall die Absicht zur Gewinnerzielung fehlt. Die Kinderkrippen werden betrieben, um die Kinder der Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin während der Arbeitszeit zu betreuen. Es steht somit ein soziales Motiv und nicht ein Erwerbszweck im Vordergrund. Es liegt deshalb kein Gewerbebetrieb, sondern eine soziale Einrichtung vor, deren Betrieb einer Wohnnutzung entspricht.

### 3.5.3.

Zusammenfassend erscheint es vor dem Hintergrund der kommunalen Autonomie haltbar, wenn der Stadtrat von einer Wohnnutzung ausgeht. Qualifiziert man den Betrieb der Kindertagesstätten als

Wohnnutzung, bedarf es keines funktionalen Zusammenhangs zwischen dem Betrieb der Kindertagesstätte und der übrigen Wohnnutzung. Ein funktionale Betrachtungsweise ist von vornherein nur bei Gewerbebetrieben erforderlich (Waldmann / Hänni, a.a.O., Art. 22 N 26).

4.

Die Beschwerdeführer erachten das Bauvorhaben auch unter lärmschutzrechtlichen Gesichtspunkten als nicht bewilligungsfähig.

4.1.

4.1.1.

Gemäss Art. 74 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen und lästigen Einwirkungen; er sorgt dafür, dass solche Einwirkungen vermieden werden (Art. 74 Abs. 2 Satz 1 BV). Diesem Auftrag ist mit dem Erlass des USG und der einschlägigen Ausführungsverordnungen entsprochen worden.

Einwirkungen im Sinne von Art. 74 Abs. 1 BV sind insbesondere Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen, Strahlen sowie Verunreinigungen des Bodens, die durch den Bau oder Betrieb von Anlagen oder den Umgang mit Stoffen oder Abfällen erzeugt werden (Art. 7 Abs. 1 USG). Gemäss der Rechtsprechung geht es dabei nicht nur um den Lärm technischen Ursprungs; der unmittelbar mit dem Betrieb einer Anlage verbundene Verhaltenslärm von Menschen und Tieren wird ebenfalls erfasst (BGE 123 II 79 = Pra 86/1997, S. 561 mit Hinweisen). Auf solchen Lärm sind das USG und die LSV ebenfalls anwendbar (Christoph Zäch / Robert Wolf, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, Zürich 2004, Art. 15 N 40 [nachfolgend Bearbeiter, Kommentar USG]; BGE 123 II 79 = Pra 86/1997, S. 561 mit Hinweis; AGVE 1999, S. 272 mit Hinweis auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 28. Mai 1991, in: URP 6/1992, S. 155 ff. betreffend einen Kinderspielplatz).

4.1.2.

Das USG will, entsprechend dem Verfassungsauftrag (Art. 74 Abs. 1 BV), den Menschen und seine natürliche Umwelt gegen schädliche und lästige Einwirkungen schützen (Art. 1 Abs. 1 USG; siehe dazu Schrade / Loretan, Kommentar USG, Art. 11 N 3, 16,

16a). Das USG will dabei kein Verhinderungs-, sondern ein Massnahmengesetz sein, das seinem Konzept nach die Quellen der Umweltbelastung nicht als solche in Frage stellt; die Nachfrage soll nicht untersagt, sondern befriedigt werden, wobei aber gleichzeitig die den Umweltschutzanforderungen entsprechenden Vorkehren getroffen werden sollen (Pra 80/1991, S. 179; BGE 124 II 233). In diesem Sinne sind Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung frühzeitig so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (sog. Vorsorgeprinzip gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 USG; Art. 7 Abs. 1 lit. a und Art. 8 Abs. 1 LSV; siehe BGE 126 II 305 ff. und 118 Ib 238 sowie AGVE 1999, S. 272 f., je mit Hinweisen). Allerdings gibt es Geräusche, die nicht mit emissionsbeschränkenden Massnahmen reduziert werden können, ohne dass damit der eigentliche Zweck der Tätigkeit in Frage gestellt würde. Dazu sind auch kindliche Lautäusserungen beim Spiel im Freien zu zählen. Solche Geräusche können nicht völlig verboten, sondern im Wesentlichen nur einschränkenden Betriebszeiten unterstellt werden, wobei eine Interessenabwägung zwischen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit vorzunehmen ist (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 8. April 2004 [VB.2004.00035], Erw. 4.1; BGE 126 II 369).

#### 4.1.3.

Auf einer zweiten Stufe setzt das USG bei den Immissionen an: Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Als Massstab für die Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen dienen Immissionsgrenzwerte (Art. 13 - 15 USG). Der Bundesrat hat solche Immissionsgrenzwerte für den Strassenverkehrslärm, den Eisenbahnlärm, den Lärm der Regionalflughäfen und Flugfelder, den Industrie- und Gewerbelärm, den Lärm von Schiessanlagen sowie den Lärm von Militärflugplätzen festgelegt (Anhänge 3-8 zur LSV); für den Lärm öffentlicher Einrichtungen wie Schul- und Sportanlagen tat er dies nicht.

## 4.2.

Die streitbetroffenen Kindertagesstätten bzw. die dazugehörigen Kinderspielflächen stellen unbestrittenermassen ortsfeste Anlagen im Sinne von Art. 7 Abs. 7 USG dar, durch deren Betrieb Lärmimmissionen verursacht werden.

## 4.3.

Die Lärmimmissionen ortsfester Anlagen sind grundsätzlich anhand der vom Bundesrat festgelegten Belastungsgrenzwerte zu beurteilen. Für die Lärmbelastung durch Begegnungs- und Kinderspielflächen hat er keine Grenzwerte festgelegt. Fehlen Belastungsgrenzwerte, so beurteilt die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen im Einzelfall anhand der Kriterien, die den gesetzlichen Belastungsgrenzwerten (Planungs-, Immissions- und Alarmwerte) zu Grunde liegen (vgl. Art. 15, 19 und 23 USG). In der hier interessierenden Zone mit Empfindlichkeitsstufe II entspricht den Planungswerten ein Immissionsniveau, bei dem nach richterlicher Beurteilung höchstens geringfügige Störungen auftreten dürfen (BGE 126 II 368 ff. mit Hinweisen; 123 II 335; BGE vom 4. März 2002 [1A.73/2001], in: URP 16/2002, S. 105). Das Ausmass der Störung hängt ab vom Charakter des Lärms, dem Zeitpunkt und der Häufigkeit seines Auftretens sowie von der Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten. Aufgrund richterlicher Erfahrung ist zu beurteilen, ob eine unzumutbare Störung vorliegt. Dabei ist nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern eine objektivierte Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG) vorzunehmen (BGE 126 II 368 ff. mit Hinweisen; 123 II 335; BGE vom 4. März 2002 [1A.73/2001], in: URP 16/2002, S. 105). Allein der Umstand, dass sich einige wenige Nachbarn durch den Lärm belästigt fühlen, belegt also noch keine unzulässige Lärmbelastung (BGE 123 II 86).

## 4.3.1.

Die Beschwerdeführer beantragen die "Beiziehung" einer Lärmprognose. Der Antrag wird einzig mit allgemeinen rechtlichen Ausführungen und Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung begründet.

Die kantonale Behörde ist verpflichtet, die Lärmimmissionen ortsfester Anlagen anhand einer Lärmprognose zu ermitteln, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass die Belastungsgrenzwerte überschritten sind oder ihre Überschreitung zu erwarten ist (Art. 25 Abs. 1 USG, Art. 36 Abs. 1 LSV). Die Ermittlungspflicht gilt grundsätzlich auch bei Anlagen, deren Lärmimmissionen direkt aufgrund von Art. 15 USG zu beurteilen sind.

Im konkreten Fall liesse sich zwar der Schallpegel des hier zur Diskussion stehenden Verhaltenslärms spielender Kinder ermitteln, es besteht jedoch kein rechtlich verbindlich vorgegebenes und wissenschaftlich anerkanntes Mess- und Beurteilungsverfahren für diese Lärmart. Es fehlt überdies an Grenzwerten, die auf ein solches Verfahren abgestimmt sein müssten und nach denen das Messresultat beurteilt werden könnte. Ein Lärmgutachten wäre daher von beschränktem Nutzen. Die Behörde darf die Immissionen in solchen Fällen auf Grund ihrer eigenen Erfahrungen und ohne Gutachten beurteilen. Sie soll sich dieser Verantwortung nicht entziehen, indem sie den wertenden Entscheid darüber, ob die Immissionen als erheblich störend einzustufen sind oder nicht, einem Akustikbüro überträgt. Sie hat die Gesamtumstände des konkreten Einzelfalles selber abzuwägen, wobei sie dem Charakter des Lärms, dem Zeitpunkt und der Häufigkeit seines Auftretens sowie der Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone Rechnung tragen muss. Diese Beurteilung kann in Fällen der vorliegenden Art ohne Unterstützung von Akustikern erfolgen. Es lässt sich daher nicht beanstanden, dass der Stadtrat auf ein Lärmgutachten verzichtet hat.

#### 4.3.2.

Den Charakter des Lärms beschrieb die Beschwerdeführerin anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Augenscheinsverhandlung als Jauchzen, Johlen und Schreien der Kinder. Gemäss den benachbarten Zeuginnen umfasst der Lärm Schreien, Heulen, Kreischen, Weinen, Brüllen, Rufen und Quietschen. Die Beschwerdeführer - wie auch die Zeuginnen - beklagen sich somit generell über den Lärm, den die Kinder beim Spielen im Garten erzeugen. Derartiger Lärm passt jedoch vom Charakter her in eine Wohnzone. Kinder sollen in Wohnzonen die Möglichkeit haben, sich im Freien zu bewegen und



zu spielen. Sie gehören mit allen ihren lauten und leisen Äusserungen zum Wohnen und sind in einer Wohnzone zu akzeptieren, auch wenn sie auf einem Platz zum Spielen zusammenkommen und deshalb mit einem erhöhten Lärmpegel zu rechnen ist (Entscheid der Baurekurskommission Zürich vom 30. März 2004, in: URP 2004, S. 347). Lärm, der von seinem Charakter her dieser üblichen Geräuschkulisse entspricht, wird von der Mehrheit der Bevölkerung auch in einer ruhigen Wohnzone als ortsüblich und deshalb nicht als störend empfunden (Urs Walker, Umweltrechtliche Beurteilung von Alltags- und Freizeitlärm, in: URP 1/2009, S. 82; siehe auch BGE vom 7. März 2005 [1A.241/2004], Erw. 2.5.4. mit Hinweisen; VGE III/46 vom 28. August 2007, S. 11 f.). Derartiger Lärm hat somit grundsätzlich als sozialadäquat zu gelten und muss in einer Wohnzone hingenommen werden.

Störend und rechtlich relevant wird derartiger Lärm erst, wenn er eine besondere Lautstärke annimmt. Das ist hier nicht der Fall. Die zwei strittigen Kindertagesstätten an der Westallee 9 und 13 bieten insgesamt 24 Plätze an. Berücksichtigt man noch die angrenzende Tagesstätte in der Zone Oe (Westallee 19), sind es 46 Plätze. Die Konzentration aller Kinder auf einer Parzelle ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer unwahrscheinlich, zumal alle drei Kindertagesstätten über einen grossen Garten verfügen, welche jeweils unterschiedliche Spielgeräte aufweisen. Geht man mit den Beschwerdeführern von acht bis (an schönen Sommertagen und bei Schnee) 20 im Freien spielenden Kindern aus, lässt sich die Situation noch mit einem kleineren Spielplatz vergleichen, welcher in einer Wohnzone üblich und objektiv nicht störend ist.

#### 4.3.3.

Zum Zeitpunkt und der Häufigkeit des Lärms: Der gleiche Lärm stört nachts mehr als am Tag, und er stört auch stärker während der Erholungszeiten am Wochenende oder abends als während der Arbeitszeiten (Walker, a.a.O., S. 82).

Die Kinder werden montags bis freitags zwischen 6.30 Uhr und 9.00 Uhr in die Kindertagesstätte gebracht und zwischen 16.00 Uhr und 19.00 Uhr abgeholt. Die Kinder der Westallee 9 besuchen die Schule oder den Kindergarten und halten sich höchstens an schul-

freien Nachmittagen oder ab ca. 16.00 Uhr im Freien auf. Die Kinder der Westallee 13 sind je nach Programm und Witterung jeweils morgens und nachmittags nach dem Mittagsschlaf im Garten. Gemäss Aussage einer Zeugin anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Augenscheinsverhandlung ist der Lärm zwischen 17.00 Uhr und 18.00 Uhr am schlimmsten. Laut Beschwerdeführerin tritt der Lärm von 9.00 Uhr bis 18.00 Uhr auf, wobei von 12.00 Uhr bis 13.00 Uhr die Mittagsruhe eingehalten werde. Der Lärm tritt somit ausserhalb der Zeiten auf, die durch das Polizeireglement der Stadt Aarau vom 14. April 1980 speziell geschützt sind (vgl. § 12 des erwähnten Reglements). Hinzu kommt, dass die Entstehung des Lärms sowie dessen Wahrnehmung von der Witterung und von der Jahreszeit abhängig ist.

Somit zeigt sich, dass der Lärm nicht in Zeiten auftritt, welche normalerweise zur Entspannung und Erholung genutzt werden. Die Ruhezeiten am Mittag und am Abend werden vielmehr eingehalten. Die Lärmimmissionen konzentrieren sich auf eine Zeitspanne, in der auch lärmintensivere Tätigkeiten des Arbeitslebens vorgenommen werden. Diesem Umstand ist bei der Beurteilung besonderes Gewicht beizumessen. Das Spiel der Kinder im Freien werktags während einer begrenzten Anzahl Stunden (insbesondere nachmittags) erweist sich als eine zum Wohnen gehörende Aktivität, welche nicht als störend bezeichnet werden kann.

#### 4.3.4.

Zu prüfen ist ferner die Lärmempfindlichkeit und die Lärmvorbelastung der Zone, in welcher der Lärm auftritt. Im konkreten Fall befinden sich die überbauten Liegenschaften der Beschwerdeführer in der Zone E, für welche die Empfindlichkeitsstufe II gilt (§ 5 Abs. 2 BNO, Zonenplan der Stadt Aarau; Art. 43 Abs. 1 lit. b LSV). Die Zone E ist für den Bau von Ein- und Zweifamilienhäusern bestimmt (§ 6 Abs. 2 BNO). Es sind nur stilles Gewerbe und Quartierläden zulässig (Anhang zur BNO). In solchen Zonen, die überwiegend dem Wohnen dienen, ist auf die Wohnqualität Rücksicht zu nehmen. Aber auch in Zonen, die dem Wohnen dienen, kommt es jedoch zu Lärmimmissionen, beispielsweise wie hier durch spielende Kinder, die hinzunehmen sind (vgl. vorne Erw. 4.3.2.).

Eine relevante Lärmvorbelastung liegt trotz des angrenzenden Kantonsspitals nicht vor, worüber sich alle Verfahrensbeteiligten einig sind.

#### 4.3.5.

Zusammenfassend erlaubt die heutige Situation betreffend die Kindertagesstätten an der Westallee 9 und 13 den Schluss, dass höchstens eine geringfügige Störung vorliegt und somit das zulässige Immissionsniveau (noch) nicht überstiegen wird. Der Entscheid der Vorinstanz ist insofern nicht zu beanstanden.

#### 4.4.

Zu prüfen bleibt, ob die Emissionen durch vorsorgliche Massnahmen begrenzt werden können (Art. 11 Abs. 2 USG). Die Beschwerdeführer haben subeventualiter beantragt, die Baubewilligungen seien mit Auflagen zu versehen. Denkbar seien etwa die Auflagen, dass sich maximal sechs Kinder auf dem Kinderspielfeld aufhalten dürfen oder dass die Mittagsruhe von 12.00 Uhr - 13.30 Uhr einzuhalten sei (keine Kinder im Freien).

##### 4.4.1.

In beiden Kindertagesstätten werden gleichzeitig 24 Kinder betreut (vgl. vorne Erw. 1). Die verlangte Beschränkung würde bedeuten, dass man an warmen Sommertagen nur einem Teil der betreuten Kinder erlauben würde, sich draussen aufzuhalten, was weder praktikabel noch den Kindern zumutbar ist. Im Hinblick darauf, dass der Kinderlärm nur werktags, ausserhalb der im Polizeireglement speziell geschützten Ruhezeiten auftritt und sich die Beschwerdeführer nur dann gestört fühlen, wenn sie sich selber im Garten befinden, erweist sich die beantragte Massnahme als unverhältnismässig. Den Kindern soll die Möglichkeit gegeben werden, sich im Freien zu bewegen und zu spielen. Es entspricht dem Zweck einer Kindertagesstätte, den Kindern eine optimale Betreuung (welche zweifelsohne auch die Möglichkeit umfasst, sich im Freien aufzuhalten) zu bieten. Das Ruhebedürfnis der Beschwerdeführer vermag eine generelle Beschränkung der Anzahl Kinder, die sich im Garten aufhalten dürfen, nicht zu rechtfertigen.

## 4.4.2.

Die Beschwerdeführer verlangen, dass die Mittagsruhe zu gewährleisten sei. Einzig die Kinder der Westallee 13 essen im Freien, wofür ein Holztisch im Garten aufgestellt wurde. Die Kinder essen um 11.30 Uhr bis 12.00 Uhr und halten danach einen Mittagsschlaf. Die Kinder der Westallee 9 nehmen das Essen im Haus ein. Anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Augenscheinsverhandlung erklärte die Beschwerdeführerin, von 12.00 Uhr bis 13.00 Uhr sei kein Lärm zu hören. Vor diesem Hintergrund lässt sich die beantragte Auflage nicht rechtfertigen.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid abgewiesen, soweit es darauf eintrat; Urteil vom 6. September 2010 [1C\_148/2010]).

**28 Gleichbehandlung im Unrecht (Rechtsgleichheit).**

**Vermutung, Gemeinderat werde von seiner rechtswidrigen Praxis entsprechend dem Entscheid der Rechtsmittelinstanz (und Aufsichtsbehörde) künftig Abstand nehmen.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 26. März 2010 in Sachen A. und B. gegen X. und Y. (WBE.2009.99).

*Aus den Erwägungen*

## 3.

## 3.1.-3.2. (...)

## 3.3.

Der in Art. 8 BV verankerte Gleichheitssatz verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Es dürfen keine Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen, über die zu entscheiden ist, nicht gefunden werden kann. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden (BGE 131 I 103; 129 I 125 f.; AGVE