

Weisung des Stadtrats von Zürich an den Gemeinderat

vom 30. Januar 2014

Volksinitiative «Ombudsstelle gegen Willkür in Bausachen», Ablehnung

1. Einleitende Bemerkungen

Am 27. September 2012 wurde bei der Stadtkanzlei unter dem Titel »Ombudsstelle gegen Willkür in Bausachen« folgende ausformulierte Volksinitiative des Gewerbeverbands der Stadt Zürich und des Hauseigentümergeverbandes Zürich eingereicht:

Gestützt auf Art. 15 ff. der Gemeindeordnung der Stadt Zürich und das Gesetz über die politischen Rechte (GPR, LS 161) haben die unterzeichneten Stimmberechtigten der Stadt Zürich in Form eines ausformulierten Entwurfs folgendes Begehren gestellt:

1. Ergänzung der Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970 (GO):

Anpassung von Art. 14 lit. i GO:

Folgende Beschlüsse des Gemeinderates können der Abstimmung durch die Gemeinde nicht unterstellt werden:

i) Beschlüsse über die Ausrichtung von Teuerungszulagen und die teuerungsbedingte Anpassung der Besoldungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Stadt Zürich mit Einschluss der Lehrerinnen und Lehrer sowie der Stadtpräsidentin oder des Stadtpräsidenten, der übrigen Mitglieder des Stadtrates, der oder des Beauftragten in Beschwerdesachen, der oder des Datenschutzbeauftragten, **der Ombudsperson in Bausachen**, der Direktorin oder des Direktors der Finanzkontrolle, der Stadtamtsfrauen und Stadtammänner (Betreibungsbeamtinnen und -beamten), der Friedensrichterinnen und -richter, der Schulpräsidentinnen und -präsidenten und der Mitglieder der Vormundschaftsbehörde.

Anpassung von Art. 25 Abs. 2 GO:

Die bzw. der Beauftragte in Beschwerdesachen sowie der Datenschutzbeauftragte **sowie die Ombudsperson in Bausachen** nehmen anlässlich der Behandlung ihrer bzw. seiner Berichte im Rat an den Sitzungen teil. Bei der Beratung von Geschäften, die ihre bzw. seine Aufgabe betreffen, ist ihr bzw. ihm Gelegenheit zur Stellungnahme in der vorberatenden Kommission und im Rat zu geben.

Neu: Art. 35 lit. m GO:

Der Gemeinderat wählt:

m) auf gemeinsamen Vorschlag des städtischen Hauseigentümergeverbandes und des städtischen Gewerbeverbands die Ombudsperson in Bausachen.

Anpassung von Art. 37 Abs. 3 GO:

Die Kommission prüft die Berichte der bzw. des Beauftragten in Beschwerdesachen sowie des Datenschutzbeauftragten **sowie der Ombudsperson in Bausachen**.

Neu: Art. 39^{quater} GO:

1) Die Ombudsperson in Bausachen vermittelt zwischen der Bauherrschaft einerseits und der Stadtverwaltung andererseits bei Baugesuchen und bei Differenzen betreffend die Einhaltung von Bauvorschriften, bei deren Beurteilung der Stadtverwaltung Ermessen zusteht, namentlich bei der Beurteilung der Einordnung sowie bei der Beurteilung der Einhaltung von umweltschutzrechtlichen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen durch Bauten und Anlagen. Für ihre Inanspruchnahme kann die Ombudsperson in Bausachen von der Bauherrschaft Entgelte erheben.

2) Beabsichtigen die örtliche Baubehörde, eine andere zur Erteilung von Baubewilligungen zuständige Verwaltungseinheit oder eine für die Einhaltung von Bauvorschriften zuständige Vollzugsbehörde im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens ein Baugesuch ganz oder teilweise nicht zu bewilligen, ein Baugesuch nur mit den Bauherrschaft belasteten Nebenbestimmungen zu bewilligen oder die Einhaltung von Bauvorschriften zu verfügen, räumen sie der Ombudsperson in Bausachen vor dem Entscheid die Möglichkeit zum Mitbericht ein. Die Ombudsperson in Bausachen teilt innert 5 Arbeitstagen der zuständigen Behörde oder Verwaltungseinheit schriftlich mit, dass sie einen Mitbericht verfassen wird. Der Mitbericht der Ombudsperson in Bausachen wird in den Baugesuchs- bzw. Vollzugsunterlagen abgelegt.

3) Alle Bauentscheide der örtlichen Baubehörde, einer anderen zur Erteilung von Baubewilligungen zuständigen Verwaltungseinheit oder einer für die Einhaltung von Bauvorschriften zuständigen Vollzugsbehörde werden der Ombudsperson in Bausachen mitgeteilt.

4) Die Ombudsperson in Bausachen ist in ihrer Tätigkeit unabhängig. Die Ombudsperson in Bausachen ernennt, sofern erforderlich, ihre Arbeitnehmende. Sie wahrt das Amtsgeheimnis, soweit es schutzwürdige öffentliche oder private Interessen gebieten.

5) Die Ombudsperson in Bausachen erstattet dem Gemeinderat mindestens einmal jährlich Bericht über ihre Geschäftsführung. Der Bericht enthält insbesondere Angaben zur Ermessensausübung der örtlichen Baubehörde, der anderen zur Erteilung von Baubewilligungen zuständigen Verwaltungseinheiten und der für die Einhaltung von Bauvorschriften zuständigen Vollzugsbehörden bei der Beurteilung von Baugesuchen und der Einhaltung von Bauvorschriften sowie zur Mitberichterstattung der Ombudsperson in Bausachen. Sie kann darin auf Mängel bei der Ermessensausübung hinweisen und Änderungen oder Verbesserungen anregen.

Anpassung von Art. 41 lit. h GO:

Dem Gemeinderat stehen zu:

h) Festsetzung der Besoldungen: der Stadtpräsidentin oder des Stadtpräsidenten und der übrigen Mitglieder des Stadtrates, der oder des Beauftragten in Beschwerdesachen, der oder des Datenschutzbeauftragten, **der Ombudsperson in Bausachen**, der Direktorin oder des Direktors der Finanzkontrolle, der Stadtamtsfrauen und Stadtammänner (Betreibungsbeamtinnen und -beamten), der Friedensrichterinnen und -richter, der Schulpräsidentinnen und -präsidenten und der Mitglieder der Vormundschaftsbehörde.

2. Der Stadtrat setzt diese Änderung nach Genehmigung durch den Regierungsrat in Kraft.

Mit Stadtratsbeschluss Nr. 1400 vom 31. Oktober 2012 stellte der Stadtrat fest, dass die Volksinitiative zustande gekommen ist.

Auf kommunaler Stufe kann Gegenstand einer Initiative nur sein, was der Sache nach dem obligatorischen oder fakultativen Referendum untersteht (§ 96 Ziff. 1 des Gesetzes über das Gemeinwesen, Gemeindegesetz GG, LS 131.1). Die vorliegende Initiative verlangt eine Ergänzung der Gemeindeordnung (GO). Solche Änderungen unterliegen gemäss Art. 10 lit. a GO der obligatorischen Abstimmung durch die Gemeinde. Die Initiativefähigkeit der verlangten Änderung der Gemeindeordnung ist daher gegeben.

Mit Stadtratsbeschluss Nr. 311 vom 10. April 2013 wurde festgestellt, dass die Volksinitiative «Ombudsstelle gegen Willkür in Bausachen» ganz oder teilweise gültig ist, da sie die Einheit der Materie wahrt, nicht grundsätzlich im Widerspruch zu übergeordnetem Recht steht und durchführbar ist. An dieser Beurteilung kann festgehalten werden. Hinsichtlich des vorgeschlagenen Art. 35 lit. m GO (Vorschlagsrecht des städtischen Hauseigentümerversands und des städtischen Gewerbeverbands) wurde eine Klärung mit dem Gemeindeamt und die abschliessende Gültigkeitsprüfung mit der Verabschiedung von Bericht und Antrag in Aussicht gestellt. Diese Prüfung ist nun vorzunehmen.

2. Gültigkeitsprüfung von Art. 35 lit. m GO

Rechtmässig ist eine Volksinitiative, wenn sie weder gegen übergeordnetes Recht verstösst noch offensichtlich undurchführbar ist, und wenn sie den Grundsätzen der Form- und Materieeinheit genügt (§ 128 Abs. 1 GPR i.V.m. Art. 28 Abs. 1 Kantonsverfassung, KV, LS 101). Eine Rechtmässigkeitsprüfung der Volksinitiative erfolgte bereits mit Stadtratsbeschluss Nr. 311 vom 10. April 2013. Dabei gelangte der Stadtrat zum Ergebnis, dass die Volksinitiative grundsätzlich rechtmässig sei. Einzig hinsichtlich Art. 35 lit. m GO sei mit Bericht und Antrag noch abschliessend die Frage zu prüfen ob, diese Bestimmung gegen übergeordnetes Recht verstosse.

Gemäss dem neuen Art. 35 lit. m GO wählt der Gemeinderat auf gemeinsamen Vorschlag des städtischen Hauseigentümerversands und des städtischen Gewerbeverbands die Ombudsperson in Bausachen.

Wahl im Sinne der zürcherischen Gemeindeordnung meint Bestimmen einer Funktionsträgerin bzw. eines Funktionsträgers auf Amtsdauer (Saile/Burgherr/Loretan, Verfassungs- und Organisationsrecht der Stadt Zürich, Rz 310 ff., Zürich / St. Gallen 2009). Dem Gemeinderat kommen gemäss geltender Gemeindeordnung bereits heute zahlreiche Wahlbefugnisse zu, wobei Art. 35 GO einen reichhaltigen Zuständigkeitskatalog enthält. Demnach ist der Gemeinderat für die Wahl verschiedener Spezialverwaltungsbehörden, für die Bestellung von Funktionsträgerinnen und -trägern der kantonalen Gerichtsorganisation sowie von besonderen Aufsichtsorganen, die funktional ausserhalb der Exekutive und der Legislative stehen zuständig (z. B. die Ombudsperson, die Datenschutzbeauftragte bzw. den Datenschutzbeauftragten und die Direktion der Finanzkontrolle). Angesichts der Funktionsverschiedenheit dieser Aufsichtsorgane gelangen hinsichtlich der Mitwirkung des Stadtrats und der Wahl der Stellvertretung je unterschiedliche Wahlmodalitäten zum Zug. Die Wahl der Ombudsperson (Beauftragte bzw. Beauftragter in Beschwerdesachen) erfolgt seit jeher einzig durch den Gemeinderat, ohne dass der Stadtrat am Auswahlverfahren beteiligt wäre bzw. ihm ein Antrags- oder Anhörungsrecht zukäme (Art. 35 Abs. 1 lit. h GO). Auch hinsichtlich der Wahl des oder der Datenschutzbeauftragten kommt dem Stadtrat kein Antragsrecht zu. Die Wahl und das ihr vorausgehende Auswahlverfahren erfolgen einzig durch den Gemeinderat, wobei das Büro zuhanden des Ratsplenums in Form eines Wahlvorschlags Antrag stellt. Weil der Datenschutzbeauftragte indes nicht nur Aufsichtsfunktionen im Bereich des Datenschutzes wahrnimmt, sondern in vielen Sachgeschäften eng mit der Stadtverwaltung zusammenarbeitet, ist der Wahlvorschlag des Büros dem Stadtrat vor der gemeinderätlichen Beschlussfassung zur Stellungnahme vorzulegen (Art. 35 Abs. 1 lit. i GO). Um die Unabhängigkeit der Finanzkontrolle zu stärken, wurde die Wahl der Direktorin bzw. des Direktors der Finanzkontrolle dem Gemeinderat übertragen. Weil die Finanzkontrolle aber sowohl die Exekutive als auch das Parlament bei deren Aufgabenerfüllung unterstützt, erschien es angezeigt, dass auch der Stadtrat bei der Wahl ihrer Leitung mitwirken kann. Art. 35 Abs. 1 lit. l GO räumt daher diesem ein Antragsrecht ein. Dieses beinhaltet die Befugnis der Exekutive, dem Parlament einen oder mehrere geeignete Kandidatinnen bzw. Kandidaten zur Wahl vorzuschlagen, ohne dass das Wahlorgan an den stadträtlichen Wahlvorschlag gebunden wäre. Soll dieser Vorschlag nicht berücksichtigt werden, ist dem Stadtrat vorgängig immerhin das rechtliche Gehör zu gewähren, das ergibt sich aus Art. 5 BV, wonach staatliche Organe nach Treu und Glauben zu handeln habe (Saile/Burgherr/Loretan, a.a.O. RZ 314ff.).

Nach vorläufiger Einschätzung des Gemeindeamts des Kantons Zürich (Abteilung Gemeinderecht) wäre es mit § 2 lit. b GPR wohl kaum vereinbar, wenn die Wahl in ein kommunales Amt einzig von einem Vorschlag von privaten Verbänden abhängig gemacht würde, da dies das Recht, sich in Organe der Gemeinden wählen zu lassen, unzulässig einschränken würde.

Vom Sinn und Zweck des neu vorgeschlagenen Art. 35 lit. m GO liesse sich dieser nach den vorstehenden Ausführungen jedoch vor allem analog zur vorerwähnten Praxis zu Art. 35 lit. l GO so auslegen, dass das Vorschlagsrecht des städtischen Hauseigentümerverbands und des städtischen Gewerbeverbands nicht so weit gehend zu verstehen ist, dass es auch die gesamte Wahlvorbereitung sowie die Funktion des Gemeinderats als gesetzlich vorgesehenes Wahlorgan beschränkt, z. B. wenn dem Vorschlagsrecht die Bedeutung zugemessen würde, dass der Gemeinderat nur die Alternative hätte, die vom städtischen Hauseigentümerverband und dem städtischen Gewerbeverband vorgeschlagene Person zu wählen oder die Angelegenheit an diese zur Einreichung eines anderen Vorschlags zurückzuweisen. Damit würde die Wahlkompetenz des Gemeinderats zu einer blossen Wahlbestätigung bzw. Wahlgenehmigung herabgestuft, was dem Grundgedanken von Art. 35 GO und eines eigentlichen Wahlgeschäfts zuwider laufen würde. Zur Wahrung des Vorschlagsrechts der beiden Verbände könnte der Gemeinderat hingegen, für den Fall dass die von den beiden Verbänden vorgeschlagene Person nicht gewählt würde, den beiden Verbänden die

Gelegenheit einräumen, ihm einen Alternativvorschlag zu unterbreiten. Der Gemeinderat muss aber die Möglichkeit haben, z. B. aufgrund von Vorschlägen des vorbereitenden Büros eine andere Person zu wählen, z. B. um eine allfällige Blockade bei wiederholt nicht genehmigten Vorschlägen der beiden Verbände zu lösen oder um eine Auswahl zwischen mehreren Kandidierenden zu erhalten. Analog zur Praxis zu Art. 35 lit. I GO müssten die beiden Verbänden bei solchen Alternativvorschlägen immerhin zur Stellungnahme eingeladen werden.

Wird Art. 35 lit. m GO im vorerwähnten Sinne ausgelegt und verstanden, sowie im Rahmen der Gültigkeitsprüfung dem Grundsatz «in dubio pro populo» gefolgt, kann diese Bestimmung als mit dem übergeordneten Recht vereinbar angesehen werden.

3. Materielle Prüfung

a) Wie die nachstehenden Ausführungen darlegen, würde die Annahme der Initiative zu einem erheblichen zusätzlichen Bürokratieaufwand und Verzögerungen führen. Es ist zudem davon auszugehen, dass Probleme mit der Einhaltung der gesetzlich vorgegebenen Behandlungs-/Verfahrens-Fristen (z. B. § 319 Abs. 1 des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht, Planungs- und Baugesetz, PBG, LS 700.1) entstehen würden. Weiter ist es mit Sinn und Zweck einer Ombudsstelle (kostenlose, neutrale und unabhängige Stelle) nicht vereinbar, dass diese – wie von der Volksinitiative gefordert – als Interessenvertretung einer beschränkten Gruppierung auftritt. Der Stadtrat lehnt daher die vorliegende Initiative ab. Nach eingehender materieller Prüfung verzichtet der Stadtrat auf die Unterbreitung eines Gegenvorschlags. Es besteht kein Bedarf für einen Gegenvorschlag, da die bestehende Ombudsstelle sowohl für die von der Volksinitiative angesprochenen Bauherrschaften wie auch für Beschwerden in Bausachen zur Verfügung steht.

b) Nach einer durch das Hochbaudepartement vorgenommenen Einschätzung wären vom vorgeschlagenen Art. 39^{quater} Abs. 2 GO jährlich mindestens etwa 2600 Baubewilligungsverfahren (1700–1800 Bewilligungen der Bausektion und des Amts für Baubewilligungen und 900 Bauabnahmeverfügungen mit Auflagen) betroffen. Zusätzlich sind etwa 850 Projektbewilligungen für Aufzugsanlagen mit Auflagen versehen. Aus den fast ebenso vielen Ausführungskontrollen resultieren in etwa 90 Prozent ebenfalls Verfügungen mit Auflagen. Weiter ergehen bei etwa 1300 periodischen Kontrollen von Aufzugsanlagen in etwa 95 Prozent Verfügungen mit Auflagen. Nicht davon betroffen sind jene Bewilligungen ohne Auflagen (sogenannte «Stempelverfahren»). In allen vorerwähnten (Baubewilligungs-)Verfahren müsste gemäss Initiativtext vorgängig der Entscheidfällung der Entscheidentwurf (allenfalls einschliesslich Akten) an die vorgeschlagene Ombudsstelle zur Prüfung bzw. der Möglichkeit zum Mitbericht gesandt werden. Diese müsste dann innert 5 Arbeitstagen entscheiden, ob sie einen Mitbericht zu Händen der zuständigen Behörde verfassen will. Will die neu vorgeschlagene Ombudsstelle diesen Prüfungsauftrag inhaltlich und fachlich korrekt erfüllen, wird sie ihre Entscheidung für einen allfälligen Mitbericht und die eigentliche Mitberichtserstattung nur in Kenntnis der gesamten Aktenlage und allenfalls nach Anhörung der Bauherrschaften und der betroffenen Amtsstellen fällen können.

Gemäss dem durch die Volksinitiative vorgeschlagenen Art. 39^{quater} Abs. 3 GO wären der neu verlangten Ombudsstelle zudem alle Bauentscheide der örtlichen Baubehörde, einer anderen zur Erteilung von Baubewilligungen zuständigen Verwaltungseinheit oder einer für die Einhaltung von Bauvorschriften zuständigen Vollzugsbehörde mitzuteilen. Eine grobe Schätzung durch das Hochbaudepartement geht davon aus, dass hier von einem jährlichen Umfang von etwa 5000 Entscheiden und Verfügungen auszugehen ist. Sinn und Zweck dieser von der Volksinitiative geforderten Verpflichtung zur Zustellung der etwa 5000 Entscheide und Verfügungen kann wohl nur sein, dass sich die geforderte neue Ombudsstelle dadurch einen Ein- bzw. Überblick über die gängige Bewilligungspraxis der Baubewilligungsbehörden der Stadt Zürich verschaffen kann. Wie und mit welchen materiellen und personellen Res-

sources die verlangte Ombudsstelle diese Menge an Entscheiden inhaltlich verarbeiten bzw. begutachten soll, zeigen die Initianten nicht auf.

Die von der Volksinitiative geforderte obligatorische Zustellung aller vorerwähnten jährlich etwa 2600 Bauentscheidentwürfe, der 850 Projektbewilligungen und 1300 periodischen Kontrollverfügungen für Aufzugsanlagen, die anschliessend effektiv durchgeführten Mitberichtsverfahren der verlangten Ombudsstelle sowie zusätzlich die Zustellung der etwa 5000 Bauentscheide und Verfügungen, werden einerseits für die Verwaltung wie auch für die geforderte Ombudsstelle zu einem erheblichen bürokratischen Mehraufwand führen. Zudem ist es sehr wahrscheinlich, dass dieses Prozedere auch Probleme mit der Einhaltung der gesetzlich vorgegebenen Behandlungs-/Verfahrens-Fristen mit sich bringt. Gemäss § 319 Abs. 1 PBG treffen die kantonalen und kommunalen Behörden ihre Entscheide innert zwei Monaten seit der Vorprüfung; für die erstmalige Beurteilung von Neubau- und grösseren Umbauvorhaben steht eine Zeitspanne von vier Monaten seit der Vorprüfung zur Verfügung. Diese Zeitvorgaben dürften insbesondere in jenen Fällen kaum einzuhalten sein, in denen die verlangte Ombudsstelle zu einem Geschäft einen Mitbericht verfasst oder sich selber aktiv als Vermittlerin einschaltet. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass im Baubewilligungsverfahren oftmals nicht nur die Interessen der Bauherrschaft tangiert sind, sondern auch die Interessen Dritter, d. h. insbesondere der Nachbarschaft. Eine Ombudsperson, die nur zwischen Bauherrschaft und Stadtverwaltung vermittelt, vernachlässigt diesen Aspekt. Verfahrensverzögerungen – die wohl kaum im Interesse der Bauherrschaft wären – sind jedenfalls zu erwarten. Um innert der 5-Tagefrist einen fundierten Entscheid für oder gegen die Erstellung eines Mitberichtes fällen, anschliessend diesen Mitbericht verfassen und dann auch noch eine Vermittlungstätigkeit ausüben zu können, wird die geforderte neue Ombudsstelle über ein – mehrere versierte Fachpersonen (v. a. Architektinnen und Architekten sowie Juristinnen und Juristen) – umfassendes Team sowie entsprechende Räumlichkeiten und weitere Infrastruktur verfügen müssen, mit den entsprechenden Kostenfolgen. Die anfallenden Kosten hätte wohl in erster Linie die Stadt zu übernehmen. Die Initiative sieht zwar vor, dass die neu verlangte Ombudsperson in Bausachen für ihre Inanspruchnahme von der Bauherrschaft Entgelte verlangen kann. Von dieser Möglichkeit dürfte diese jedoch nur zurückhaltend Gebrauch machen, insbesondere da sie ja ohne Anstoss der Bauherrschaft tätig wird und für ihre allgemeinen Aufwendungen keine Bauherrschaften belangen können.

c) Dem durch den Titel der Volksinitiative suggerierten Eindruck, dass die Verwaltungs- bzw. die Baubewilligungsbehörden bei der Rechtsanwendung systematische Willkür walten lassen, ist entschieden zu widersprechen, was auch durch die entsprechende Gerichtspraxis verdeutlicht wird. Auch im Baurecht regelt der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung (Legalitätsprinzip) das Verhältnis zwischen Gesetz und Verwaltung. Staatsorgane und Verwaltung sind an das Recht gebunden. Die gewichtigste Funktion des Legalitätsprinzips besteht in der Bindung der Verwaltung an die Rechtssätze. Private sollen vor nicht voraussehbaren staatlichen Eingriffen und vor rechtsungleicher Behandlung geschützt werden.

Die Hauptforderung des Legalitätsprinzips besteht darin, dass die Verwaltungstätigkeit auf einer durch Gesetz eingeräumten Zuständigkeit beruht und dass der Inhalt der Verwaltungstätigkeit sich im Rahmen des Gesetzes bewegt. Diesen Anforderungen hat auch die baurechtliche Bewilligung zu entsprechen. Die Bewilligung muss sich auf das öffentliche Recht, insbesondere auf das planungs- und Baurecht stützen. Sie darf diesem nicht widersprechen. Auflagen müssen ebenfalls im öffentlichen Recht ihre Grundlage finden (Fritsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, Seite 76).

Die Ermessensausübung ist eine der Verwaltung obliegende Kompetenz. Das bedeutet, die Verwaltung muss ihr Ermessen ausüben. Ermessen befindet sich nicht in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsordnung und zur Gesetzgebung. Es stellt vielmehr eine gewollte Ergänzung dar, welche die Anwendung des Rechts im Alltag erlebbar und angemessen werden

lässt. Eine Rechtsordnung ohne Ermessen ist nicht denkbar und lässt sich in der Praxis in einem Rechtsstaat nicht durchsetzen. Der Verwaltung wird im Rechtssatz entweder freigestellt, ob überhaupt eine Rechtsfolge anzuordnen ist (Entschliessungsermessen), oder welche von mehreren möglichen Rechtsfolgen zu verfügen ist (Auswahlermessen). Das Ermessen stellt auch ein bewusstes Gestaltungsmittel des Gesetzgebers dar. Mit der Gewährung von Ermessensspielräumen soll z. B. den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung getragen werden oder in gewissen Bereichen ist von grossen Spezialkenntnissen der anwendenden Behörde auszugehen.

Die Verwaltung besitzt, wo ihr Ermessen zusteht, eine relativ erhebliche Entscheidungsbefugnis. Das Ermessen ist jedoch immer pflichtgemäss, d. h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben (Fritsche/Bösch/Wipf, a.a.O., Seite 77). Wird das Ermessen von der Verwaltung nicht pflichtgemäss ausgeübt, stellt dies – je nach Schwere des Verstosses – eine Unangemessenheit oder eine eigentliche Rechtsverletzung dar. Sowohl die Unangemessenheit einer behördlichen Anordnung in Bausachen wie auch eine Rechtsverletzung kann mittels Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich gerügt werden. Die von der Volksinitiative im Titel angeführte Willkür stellt die qualifizierteste Form der Unrichtigkeit einer Entscheidung dar, d. h. der Entscheid ist offensichtlich unhaltbar, steht mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch, verletzt eine Norm oder einen unbestrittenen Rechtssatz krass oder läuft in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 50 N. 39). Gegen Willkürentscheide der Verwaltungsbehörden steht in jedem Fall der ordentliche Rechtsweg offen, d. h. sowohl der Rekurs an das Baurekursgericht wie auch anschliessend die Beschwerde ans Verwaltungsgericht.

Aus den oben erwähnten Ausführungen ergibt sich, dass das Verwaltungsermessen kein Freipass für das Entscheiden nach Belieben der Verwaltung ist, sondern die Übertragung einer Gestaltungskompetenz, die verantwortungsvoll wahrgenommen werden muss. Mit der tagtäglichen Ausübung des pflichtgemässen Verwaltungsermessens ist jedoch nicht eine anonyme Behördenorganisation betraut, sondern in jedem konkreten Einzelfall beraten und entscheiden ein oder mehrere Menschen über umfangreiche Details in der Anwendung von Bauvorschriften. Der Problematik, dass es dabei – wie in anderen Lebensbereichen auch – zu unterschiedlichen bzw. nicht sachgerechten Ergebnissen kommen kann, wird im Hochbaudepartement im Sinne einer permanenten Aufgabe mit der Strukturierung und Transparenz der Verfahrensabläufe, der kontinuierlichen Weiterbildung des Personals, der Berücksichtigung der Kundensicht und auch der normativen Verdichtung (Vereinheitlichung in Merkblättern, Richtlinien und Weisungen) entgegen gewirkt. Sofern im Einzelfall die Baugesuchstellerin oder der Baugesuchsteller während eines laufenden Baugesuchverfahrens die Ermessensausübung der Verwaltung als nicht sachgerecht betrachtet, kann er sich mit ihrem bzw. seinem Anliegen bereits heute an die bestehende kostenlose Ombudsstelle der Stadt Zürich oder auch an den zuständigen Stadtrat wenden.

d) Objektiv betrachtet besteht kein Bedarf an einer neuen Ombudsstelle in Bausachen. Der Zugang zur bestehenden Ombudsstelle der Stadt Zürich steht auch in Bausachen und für alle Baugesuchstellenden offen. In den vergangenen Jahren sind gemäss Rechenschaftsbericht der Beauftragten in Beschwerdesachen – Ombudsfrau zwischen 10–15 Anfragen/Fälle in Behandlung gewesen, die das Baubewilligungsverfahren bzw. das Hochbaudepartement insgesamt betroffen haben. Mehrheitlich haben diese Fälle Beschwerden über die lange Verfahrensdauer, Mängel in der Koordination des Verfahrens, denkmalpflegerische Auflagen oder die erhobenen Gebühren betroffen. Die von der Volksinitiative geforderte neue Vermittlungsstelle zwischen Bauherrschaft und Stadtverwaltung ist in der bestehenden Ombudsstelle ebenfalls ein bestehendes Angebot (Konfliktvermittlung). Mit dem Sinn und Zweck einer Ombudsstelle ist es zudem grundsätzlich nicht vereinbar, dass diese als «Quasi-

Interessenvertretung» einzelner Interessensgruppierungen (Gewerbeverband, Hauseigentümerverband, Bauherrschaft) und ohne direkte Veranlassung durch direkt betroffene Bürgerinnen und Bürger eine Stellungnahme vor den Entscheiden einer Verwaltungsbehörde abgibt. Das von der Volksinitiative vorgeschlagene eigenständige Mitberichtsverfahren ist keine Aufgabe für eine parlamentarische, unabhängige und allparteiliche Ombudsstelle.

Bei Annahme der Volksinitiative stellten sich konkrete formelle und materielle Schwierigkeiten im Verhältnis zur heutigen Ombudsstelle der Stadt Zürich: Deren Tätigkeit ist, wie diejenige aller parlamentarischer Ombudsstellen in der Schweiz und im Ausland, kostenlos. Die Initiative sieht in Art. 39^{quater} Abs. 1 GO am Ende vor, dass die beantragte Ombudsstelle von der Bauherrschaft Entgelte erheben kann. Da auch die bestehende Ombudsstelle der Stadt Zürich für die Beratung, Vermittlung und Beschwerdeprüfung in Bausachen aufgrund ihres umfassenden Aufgabenbereichs zuständig bleiben wird, bleiben ihre Leistungen für die gleichen Fragestellungen jedoch kostenlos. Bei Annahme der Initiative stünden zudem den Bauherrschaften bzw. Hauseigentümerinnen und Hauseigentümern die Dienste der allgemeinen Ombudsstelle weiterhin zur Verfügung, unabhängig davon, ob die neue Stelle von sich aus tätig geworden ist oder nicht. Verfahrensschwernisse und zeitliche Verzögerungen wären absehbar.

Und schliesslich: Die bestehende Ombudsstelle der Stadt Zürich kann ausschliesslich auf Anstoss und Initiative von Bürgerinnen und Bürger aktiv werden. Sie ist gemäss Gemeindeordnung nicht befugt, von sich aus, also von Amts wegen, tätig zu werden. Würde ein Instrument im Sinne der Initiative geschaffen, würde eine weitere Inkongruenz bestehen, die eine Anpassung von Art. 39 GO im Sinne einer Kompetenzerweiterung für die bisherige Ombudsstelle erforderte.

Zudem gibt es keine Rechtfertigung dafür, in der Zuständigkeitsordnung einen einzelnen Sachbereich exemplarisch hervorzuheben. In keiner bestehenden Rechtsgrundlage einer parlamentarischen Ombudsstelle in der Schweiz ist dies bisher erfolgt, sondern es wird stets der umfassende Zuständigkeitsbereich betont. Eine entsprechende Ergänzung würde völlig falsche Signale setzen.

Aus den genannten Gründen ist die Initiative abzulehnen. Nach den vorstehenden Ausführungen ist auch die Ausarbeitung eines Gegenvorschlags zur Volksinitiative weder sachlich noch inhaltlich geboten.

Mit der vorliegenden Weisung erstattet der Stadtrat Bericht und stellt Antrag an den Gemeinderat. Für das weitere Verfahren gelten die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes über die politischen Rechte (Peter Saile/Marc Burgherr, Das Initiativrecht der zürcherischen Parlamentsgemeinden, Zürich/St. Gallen 2011, RZ 125ff. und Tafel auf S. 141). Da der Stadtrat bei der Beschlussfassung über die Gültigkeit beschlossen hat, einen Gegenvorschlag ausarbeiten zu lassen, nun aber keinen solchen beantragt, ist für den Stadtrat für Bericht und Antrag an den Gemeinderat trotzdem die Frist von 16 Monaten seit Einreichung zur Anwendung gelangt (Saile/Burgherr, a.a.O., RZ 120 und dort FN 186). Es erscheint daher gerechtfertigt, dem Gemeinderat trotz § 65 a Abs. 2 der Verordnung über die politischen Rechte (VPR, LS 161.1) für die Schlussabstimmung die längere Frist von § 65 a Abs. 3 VPR zuzubilligen. Die Schlussabstimmung im Gemeinderat hat daher innert 29 Monaten nach Einreichung der Initiativen zu erfolgen (vgl. dazu auch Saile/Burgherr, a.a.O., RZ 139).

Dem Gemeinderat wird zuhanden der Gemeinde beantragt:

Die Volksinitiative «Ombudsstelle gegen Willkür in Bausachen» wird abgelehnt.

Die Berichterstattung im Gemeinderat ist dem Vorsteher des Hochbaudepartements übertragen.

Im Namen des Stadtrats

die Stadtpräsidentin

Corine Mauch

die Stadtschreiberin

Dr. Claudia Cuche-Curti