

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00459 vom 12. März 2008**

ZH Verwaltungsgericht, 2008-03-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2007.00459](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2007.00459)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00459 du 12 mars 2008

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00459 del 12 marzo 2008

## **Regeste**

Baubewilligung | Baubewilligung und Befehl Verweigerung der nachträglichen Baubewilligung für das Einrichten von vier sexgewerblichen Massagesalons anstelle von Wohnungen. Befehl zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Da die Nutzung der Wohnungen in allererster Linie sexgewerblicher Art ist, lässt sich die Unterbringung der in den betreffenden Lokalitäten tätigen Personen nicht als Wohnnutzung im Sinne des kommunalen Wohnanteilplans qualifizieren, so dass nicht mehr von einem angemessenen Verhältnis im Sinne von § 52 Abs. 1 PBG gesprochen werden kann (E. 4.1). Bereits im Zeitpunkt der Errichtung der Massagesalons verfolgte die beschwerdegegnerische Stadt Zürich eine konstant restriktive Praxis, wonach in Gebieten mit einer Wohnanteilsfestlegung von mehr als 50 % sexgewerbliche Salons oder ähnliche Betriebe nicht zulässig sind (E. 4.3). Nach Lehre und Rechtsprechung ist bei blosser Untätigkeit der Behörde das Entstehen einer Vertrauensgrundlage nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Es genügt nicht, dass die Behörde untätig geblieben ist, sondern es müssen zusätzliche Anhaltspunkte bei den Betroffenen die Meinung aufkommen lassen, rechtmässig gehandelt zu haben. Solche Anhaltspunkte bestehen hier offenkundig nicht (E. 6.3). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A,

### **E. 2**

B,

### **E. 3**

C,

### **E. 4**

D,

### **E. 4.1**

Vorab machen die Beschwerdeführenden geltend, neben der sexgewerblichen Nutzung nütze die Mieterschaft die Wohnungen auch zu eigentlichen Wohnzwecken, weshalb davon auszugehen sei, dass der vorgeschriebene Wohnanteil innerhalb der Liegenschaft stets eingehalten wurde. Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Aus der Fotodokumentation zum Polizeirapport mit den bebilderten Anpreisungen der einzelnen Standorte geht eindeutig hervor, dass die Nutzung der Wohnungen in allererster Linie sexgewerblicher Art ist. Eine allfällige Wohnnutzung ist dementsprechend nur von untergeordneter Bedeutung,

weshalb nicht mehr von einem angemessenen Verhältnis im Sinn von § 52 Abs. 1 PBG gesprochen werden kann. Eine Wohnnutzung wäre nur bei einer klaren internen Aufteilung annehmbar, wobei je ein separater Zugang diese gewährleisten müsste (RB 1988 Nr. 56). Die Unterbringung der in den sexgewerblichen Betrieben tätigen Personen in der betreffenden Lokalität lässt sich vorliegend nicht als Wohnnutzung im Sinne des kommunalen Wohnanteilsplans qualifizieren. Jedenfalls kann daraus nicht auf das Einhalten des vorgeschriebenen Wohnanteils innerhalb der Liegenschaft geschlossen werden, zumal gemäss Polizeirapport im streitbetroffenen Gebäude keine Personen wohnen, die nicht aktiv im Sexgewerbe tätig sind.

#### **E. 4.2**

Bezüglich der Frage des anwendbaren Rechts kann – wie die Vorinstanz richtig ausführt – offen bleiben, wann die Umnutzung in den letzten elf Jahren tatsächlich erfolgt ist. Erfolgte sie bereits im Jahr 1996, kam bis am 14. Juni 1996 die Bau- und Zonenordnung 1963 (BZO 1963) als massgebender Erlass zur Anwendung. Danach trat die von der Baudirektion des Kantons Zürich aufsichtsrechtlich erlassene Bau- und Zonenordnung (BD-BZO 1995) in Kraft. Nach beiden Regelungen befand sich das streitbetroffene Gebäude in einem Gebiet mit einem Wohnanteil von 66 %. Da bereits das Erdgeschoss gewerblich genutzt wird, ergibt sich, dass nur schon mit der Errichtung eines Sexsalons der damalige Mindestwohnanteil unterschritten war. Zwei der fünf Geschosse dienten dann Nicht-Wohnzwecken, was den Wohnanteil auf 60 % reduziert. Die Einrichtung auch nur eines Massagesalons wäre daher wegen Verletzung des Mindest-Wohnanteils bereits nicht bewilligungsfähig gewesen. Ausserdem stand bis Ende 1998 das Gesetz über die Erhaltung von Wohnungen für Familien vom 30. Juni 1974 (WEG) in Kraft, welches den Abbruch, den Umbau und die Zweckänderung von Wohnungen ab 2 1 / 2 Zimmern der Bewilligungspflicht unterstellte. Gründe, weshalb für die Unterschreitung des Mindestwohnanteils bzw. für eine Zweckänderung der 4-Zimmerwohnung gestützt auf § 5 und 6 WEG eine Ausnahmbewilligung erteilt worden wäre, sind nicht ersichtlich. Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführenden, es habe damals der Politik der Stadt Zürich entsprochen, das Sexgewerbe von der Innenstadt an die Peripherie zu verlagern und zu dezentralisieren, weshalb damals einige sexgewerbliche Salons an der L-Strasse und deren Umgebung faktisch bewilligt bzw. behördlich begrüsst oder zumindest geduldet waren, lässt sich ein Anspruch auf ausnahmsweise Erteilung einer Umnutzungsbewilligung jedenfalls nicht ableiten.

#### **E. 4.3**

Im Weiteren rügen die Beschwerdeführenden, es habe im Jahr 1996 keine gefestigte Praxis in Bezug auf die Bewilligung von Sexsalons in Zonen mit Wohnanteil von 60 % bestanden. Die damalige Praxis der Stadt Zürich sei vom Bundesgericht erstmals im November 1996 bestätigt worden. Bis zu diesem Datum könne hingegen nicht von einer gerichtlich gefestigten und sanktionierten Praxis gesprochen werden. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, befolgt die beschwerdegegnerische Stadt Zürich seit Dezember 1994 eine konstant restriktive Praxis, wonach in Gebieten mit einer Wohnanteilsfestlegung von mehr als 50 % sexgewerbliche Salons oder ähnliche Betriebe nicht zulässig sind. Dass die Beschwerdegegnerin seit Ende 1994 konstant die funktionale Betrachtungsweise zur Anwendung bringt, ist aufgrund der bei den Akten liegenden Präjudizien erstellt. Zwar bestand mit Bezug auf die Zulässigkeit von Bordellbetrieben in Wohnzonen der Stadt Zürich bis zum Entscheid des Bundesgerichts vom 26. November 1997 eine gewisse

Rechtsunsicherheit. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Einrichtung derartiger Betriebe bis dahin hätte bewilligt werden müssen; vielmehr ergibt sich aus den Präjudizien von Verwaltungsgericht und Bundesgericht das Gegenteil. Das Verwaltungsgericht hat die Praxis der funktionalen Betrachtungsweise wiederholt bestätigt und insbesondere festgehalten, dass die abweichende Argumentation der obersten Instanz am Ergebnis jedenfalls nichts ändere (VGr, 9. Dezember 1998, BEZ 1999 Nr. 1; VGr, 24. März 1999, VB.98.00330-00333). Das Verwaltungsgericht und das Bundesgericht sind übereinstimmend und klar zum Ergebnis gelangt, dass sexgewerbliche Betriebe in Wohn- und Kernzonen der Stadt Zürich mit einem Wohnanteil von über 50 % ausgeschlossen sind. Da keine Unterscheidung zwischen zentralen und peripheren Gebieten getroffen wurde, liegen keine Anhaltspunkte vor, weshalb diese Praxis nicht auch für das im Zentrum von Oerlikon liegende streitbetreffene Grundstück gegolten haben soll. Damit steht fest, dass auch bei rechtzeitiger Einreichung eines Gesuches die Umnutzung nicht bewilligt worden wäre. Die Praxis der funktionalen Betrachtungsweise wurde in der Folge ins geschriebene Recht überführt und gilt gemäss Art. 24c Abs. 3 BZO auch nach heutigem Recht. Somit lässt sich die Bewilligungsfähigkeit der nachgesuchten Nutzungsänderung weder nach dem im Zeitpunkt der Errichtung geltenden noch nach dem aktuellen Recht bejahen. Da sich somit die Umnutzung nie als bewilligungsfähig erwiesen hat, können sich die Beschwerdeführenden auch nicht auf die Besitzstandsgarantie nach § 357 PBG stützen. An diesem Resultat vermag auch der Einwand der Beschwerdeführenden, bis dato seien beim Eigentümer noch nie Beschwerden eingegangen, nichts zu ändern, da nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ein Bordellbetrieb in der Stadt Zürich in Wohn- oder Kernzonen mit einem Wohnanteil von über 50 % auch dann nicht zulässig ist, wenn keine nachbarlichen Klagen oder sonstige negative Vorkommnisse bekannt sind (RB 2000 Nr. 94 E. 4. b) cc) = VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 18). Dass sich das streitbetreffene Gebäude an der L-Strasse 02 generell zur Wohnnutzung nicht eigne, kann trotz der exponierten Lage nicht gesagt werden, zumal zahlreiche Wohnlagen in der Stadt Zürich eine ähnliche Verkehrslärm- und Abgasbelastung aufweisen (RB 1992 Nr. 75 = BEZ 1992 Nr. 30).

## **E. 5**

Soweit die Beschwerdeführenden auch vor Verwaltungsgericht mit dem Einwand, die Nutzung sei angesichts der Lage des Gebäudes in der Nachbarschaft von Zonen mit einem Wohnanteil von 0 bis 20 % durchaus bewilligungsfähig, sinngemäss eine akzessorische Überprüfung des Zonenplans beantragen, kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach sich seit der rechtskräftigen Zonierung des streitbetreffenen Gebäudes weder die rechtlichen noch die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, so dass die Voraussetzungen einer akzessorischen Überprüfung vorliegend nicht gegeben sind (vgl. vorinstanzlicher Entscheid, E. 6).

## **E. 6**

Schliesslich machen die Beschwerdeführenden geltend, die Beschwerdegegnerin könne die Aufgabe der sexgewerblichen Nutzung nicht mehr verlangen, weil dieser Anspruch wegen Schaffung eines Vertrauenstatbestands bzw. wegen Fristablaufs verwirkt sei.

### **E. 6.1**

Nach § 341 PBG hat die zuständige Behörde, ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Beim Vollzug hat die Behörde den

Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Ein Abbruchbefehl ist nach ständiger Rechtsprechung dann unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 111 Ib 213 E. 6b S. 224; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 262; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. A., Bd. 1, Zürich 1999, Rz. 865 ff.).

Geringfügig ist eine Abweichung vom Erlaubten dann, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird und sie der Bauherrschaft keinen oder nur einen geringen Nutzen bringt (Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Auflage, Zürich 2006, S. 24-10). Bei bedeutenderen Abweichungen von den materiellen Bauvorschriften können allein Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen (RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23). Solche Gründe liegen dann vor, wenn der Bauherr gutgläubig angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwer wiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (RB 1985 Nr. 118 = BEZ 1986 Nr. 22, mit Hinweisen; Fritzsche/Bösch, S. 24-11).

### **E. 6.2**

Die strittige sexgewerbliche Nutzung der vier Obergeschosse ist einer ordentlichen Baubewilligung nicht zugänglich. Die vollumfängliche Nichteinhaltung der Wohnanteilsvorschrift durch die sexgewerbliche Nutzung sämtlicher Obergeschosse stellt keine untergeordnete Regelabweichung mehr dar. Somit können allein Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen. Vorauszusetzen ist hierbei, dass der Bauherr gutgläubig angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt.

### **E. 6.3**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verwirkt im Bereich des Baurechts der Anspruch der Behörden, die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen, aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren (BGE 107 Ia 121 E. 1b). Diese Voraussetzung ist hier offenkundig nicht erfüllt. Eine kürzere Verwirkungsfrist rechtfertigt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus Gründen des Vertrauensschutzes (Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999), und zwar namentlich dann, wenn die Baubehörden zwar vor Ablauf der 30-jährigen Frist einschreiten, den baurechtswidrigen Zustand aber über Jahre hinaus duldeten, obschon ihnen die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen (BGE 107 Ia 121 E. 1c). Die Beschwerdeführenden wollen eine Vertrauensgrundlage daraus ableiten, dass die für Milieufragen zuständige Dienstabteilung der Stadtpolizei über den Bestand der Sexsalons in der Liegenschaft L-Strasse 02 seit 1996 im Bild gewesen sein soll. Ob dies zutrifft und ob das Wissen der Stadtpolizei den Baubehörden angerechnet werden müsste, kann indessen offen bleiben. Denn nach Lehre und Rechtsprechung ist bei blosser Untätigkeit der Behörde das Entstehen einer Vertrauensgrundlage nur mit Zurückhaltung anzunehmen (BGr, 19. September 2001, 1P.768/2000 E. 4c, www.bger.ch, ZBl 103/2002, S. 188, 195; VGr, 24. Januar 2002, BEZ 2002 Nr. 4 E. 4a; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 261; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983, S. 228; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Bd. I, 3. A, Zürich 1999, Rz. 879; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 652). Es genügt nicht, dass die Behörde untätig

geblieben ist, sondern es müssen zusätzliche Anhaltspunkte bei den Betroffenen die Meinung aufkommen lassen, rechtmässig gehandelt zu haben. Solche Anhaltspunkte bestehen hier offenkundig nicht. Die Zürcher Praxis, das Sexgewerbe aus intensiv genutzten Wohnzonen generell auszuschliessen (RB 1997 Nr. 65 [Leitsatz] = BEZ 1997 Nr. 1 [volle Begründung]), ist allgemein bekannt. Das Wissen darüber kann jedenfalls bei den in dieser Branche Tätigen vorausgesetzt werden (VGr, 11. Februar 2004, VB.2003.00371, E. 3, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) ). Den Beschwerdeführenden hätte daher bei gebotener Sorgfalt die fehlende Bewilligung für die sexgewerbliche Nutzung bekannt sein müssen, weshalb sie sich nicht auf Vertrauensschutz berufen können. Die sexgewerblichen Betriebe der Beschwerdeführenden sind somit nicht bewilligungsfähig. Eine Verletzung der Eigentumsgarantie oder der Wirtschaftsfreiheit ist nicht ersichtlich. Vielmehr erweist sich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig.

#### **E. 7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Da die Streitigkeit vier Salons mit jeweils mehreren Massageräumen betrifft, und angesichts der gerichtsnotorisch hohen Einnahmen, die aus sexgewerblichen Nutzungen erzielt werden (vgl. VGr, 1. Juni 2005, VB.2005.00181, E. 4, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) ), rechtfertigt sich eine Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.-. Als Eigentümer der Liegenschaft kommt dem Beschwerdeführer Nr. 5 an allen vier Wohnungen ein Streitinteresse zu, den Beschwerdeführenden Nr. 1-4 hingegen nur an der jeweils von ihnen gemieteten Wohnung. Die Verfahrenskosten sind deshalb dem Eigentümer zur Hälfte und den anderen vier Beschwerdeführenden je zu 1/8 aufzuerlegen. Da sich die Beschwerde – die über weite Teile der Rekurschrift entspricht – als offensichtlich unbegründet erweist, werden die Beschwerdeführenden nach dem nämlichen Verteiler zu einer Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'500.- an die Beschwerdegegnerin verpflichtet (§ 17 Abs. 2 lit. b VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.